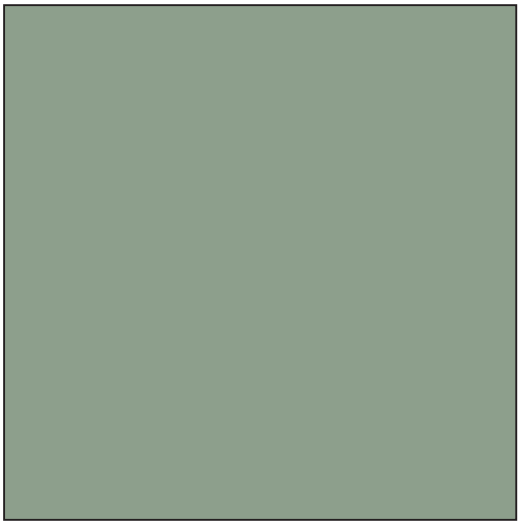
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

90



SABINO CASSESE

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI

PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in Firenze (50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME NOVANTESIMO

SABINO CASSESE

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE

MVLTA PAVCIS AG

GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-15385-X

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2010

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INTRODUZIONE

Vicenda singolare, quella del diritto amministrativo. Affermatosi in un solo Paese, la Francia, ha poi avuto vita contrastata, essendo considerato strumento del dispotismo governativo. Si è diffuso successivamente in tutti gli ordini giuridici statali, ed ora domina anche gli ordini giuridici sopra-statali e globali. Anzi, in questi ultimi, insieme con alcuni essenziali capitoli del diritto commerciale, fa la parte del leone, considerato che, per motivi diversi, diritto privato e diritto costituzionale tardano ad affermarsi in ambito ultrastatale. Il vero diritto globale è diritto amministrativo.

Giunto in grande ritardo sulla scena degli ordinamenti giuridici (ha due secoli di vita, mentre il diritto civile ha un'anzianità di due millenni), ha subito una forte accelerazione ed avuto uno sviluppo non comparabile a quello di altri rami del diritto, allargandosi ad una grande quantità di materie, con regolazioni sempre più minute. Le strutture e partizioni essenziali di rami del diritto come il diritto civile, quello penale, o quello costituzionale, e persino del diritto commerciale, sono rimaste essenzialmente immutate, pur nel variare delle discipline sostanziali, negli ultimi decenni. Invece, il diritto amministrativo deve continuamente aggiornare le sue articolazioni. Ciò avviene non solo perché sempre nuove materie vengono ad aggiungersi (si pensi al diritto ambientale, al diritto relativo alla tutela della vita privata, al diritto del procedimento), ma perché cambiano strutture, principi, paradigmi (si pensi al buon andamento, che diviene diritto alla buona amministrazione).

Alexis de Tocqueville poteva osservare nel 1846 che il diritto amministrativo, concepito in funzione della libertà, si era sviluppato come strumento del dispotismo. E si chiedeva come si sarebbe potuto conciliare il diritto amministrativo con quello che lui chiamava diritto politico e che noi chiameremmo diritto costituzionale. Oggi, il diritto amministrativo si presenta sempre più come "con-

cretizzazione" del diritto costituzionale, per adoperare l'espressione usata dal giudice tedesco Fritz Werner nel 1959. Da diritto *dell'amministrazione* diviene diritto *sull'amministrazione*, nel senso che si impone ad essa in funzione dei diritti dei cittadini. Il peso si sposta dal potere pubblico alla società. Basta pensare alla vicenda del procedimento amministrativo. Questo viene inizialmente disciplinato per rendere più ordinato l'agire amministrativo, ordinandolo in sequenze nelle quali ogni ufficio abbia un momento nel quale intervenire. Si trasforma, poi, in carta dei diritti dei cittadini, per assicurare la trasparenza amministrativa, per consentire al cittadino di intervenire nella fase della preparazione della decisione, per permettere ad esso di impugnare la decisione finale con minori difficoltà.

Strumento in origine del governo "von oben", retto dalla gerarchia, dall'uniformità, dalla centralizzazione, a mano a mano che allargava il suo campo di azione, faceva penetrare al suo interno sempre nuovi interessi e fini pubblici. Oggi tipo di interesse collettivo trova riscontro in un ufficio pubblico, una procedura, un potere di intervento amministrativo. Di qui la "coralità" del diritto amministrativo segnalata già quarant'anni fa da Massimo Severo Giannini. Essa porta con sé una eccezionale contraddittorietà del diritto amministrativo: ad esempio, parti di esso sono preordinate allo sviluppo della produzione di beni e servizi, parti di esso alla tutela del paesaggio o dell'ambiente, in nome della quale vengono posti limiti alla produzione. Il diritto amministrativo diviene così un campo di battaglia, per la presenza al suo interno di interessi confliggenti (il fenomeno è stato segnalato da Santi Romano circa ottanta anni or sono) e si sviluppa proprio intorno a questa tematica: come permettere agli interessi di farsi ascoltare, in qual modo ordinarli, come comporre i conflitti, come assicurare possibilità di riesame, interno ed esterno, delle decisioni prese.

A misura che si ampliava il suo raggio di azione, il diritto amministrativo si biforcava. Da un lato, il diritto amministrativo più legato all'azione di uffici pubblici onnipresenti. Dall'altro, il diritto amministrativo più legato alla società e all'economia. Il primo più influenzato dai canoni tradizionali. Il secondo sostanzialmente diritto sociale, derivante da un bisogno di auto-regolazione della comunità, sia pur presidiato, ma in modo periferico ed eventuale, da

uffici pubblici. Anche questo fenomeno era stato magistralmente intravisto, nel 1835, da Alexis de Tocqueville, che aveva posto in luce la necessità, con il progresso dell'eguaglianza, della espansione di un "diritto unico e onnipotente della società".

Nato come diritto speciale (cioè derogatorio rispetto al generale diritto civile), in ordini giuridici di carattere dualistico (con giudici ordinari e giudici amministrativi), il diritto amministrativo si è sviluppato affermandosi anche in ordinamenti di tipo monistico, ispirati al principio dell'unità del diritto. Per strada, anche negli ordini giuridici dualistici, ha perduto una parte della originaria specialità (basti pensare al continuo processo di avvicinamento tra giustizia amministrativa e giustizia civile). Dunque, il diritto amministrativo, il cui fondamento era la specialità, diviene sempre più un diritto generale.

Nato grazie alla sua emancipazione rispetto, da un lato, al diritto civile, dall'altro, al diritto costituzionale, il diritto amministrativo è andato embricandosi con l'uno e con l'altro, tanto da rendere difficile la separazione dei rami. Dove si ferma la disciplina "codicistica" della proprietà e dove iniziano i vincoli urbanistici, ambientali, agricoli imposti su di essa? Come esaminare il diritto costituzionale alla salute, senza nello stesso tempo considerare ordinamento e funzionamento del Servizio sanitario nazionale?

Inizialmente diritto prodotto dall'amministrazione stessa, il diritto amministrativo è divenuto, poi, con l'affermazione del principio di legalità, sempre più un diritto legificato. Ma la complessità di questo processo non va sottovalutata: con legge o con altri atti provenienti da organi rappresentativi si conferisce legittimità a scelte compiute dalle amministrazioni stesse, spesso dopo aver sentito gruppi sociali od economici interessati. Per cui la enorme normativa amministrativa esistente ha canoni formali di carattere legislativo, ma in essa si riflettono scelte sociali (frequentemente dei gruppi in posizione dominante) e scelte burocratiche, ovvero risultanze mediane tra le une e le altre.

La riflessione scientifica su questo vasto campo disciplinare in movimento ha avuto andamenti alterni. All'inizio, è stata opera di pratici, degli addetti ai lavori che assumevano la veste anche di studiosi e di insegnanti della nuova e ancora incerta disciplina. E, poiché i pratici erano giuristi, fu una riflessione giuridica. Inoltre,

essendo i giuristi-applicatori versati nel diritto civile, fu a questo ramo del diritto che si chiesero i paradigmi, i concetti, le tecniche. Quei giuristi, però, erano anche pratici, e quindi non si preoccupavano della purezza del loro metodo, lasciando tranquillamente penetrare nei loro primi studi considerazioni che saranno poi ritenute estranee al diritto.

Divennero successivamente dominanti il positivismo normativistico e il purismo, per cui si riconobbe cittadinanza solo a chi studiasse il diritto amministrativo dal punto di vista esclusivamente giuridico, con applicazione delle sole metodologie lungamente sperimentate dal diritto privato. I risultati negavano la realtà, ma ciò importava poco, purché l'edificio avesse purezza di linee. Ad esempio, si ricostruì il complesso fenomeno del demanio come mera proprietà pubblica della persona giuridica dello Stato, come se quest'ultimo quotidianamente usasse strade, fiumi, lido del mare.

Nel quarto decennio del XX secolo, in Italia, il tenue legame che ancora univa il diritto amministrativo con le riflessioni non giuridiche sulla materia fu spezzato. Solo nel secondo dopoguerra si cominciò a discutere seriamente dello studio non giuridico del diritto amministrativo, ma la materia provvisoriamente chiamata scienza dell'amministrazione (come se quella giuridica non fosse a sua volta scienza) non è riuscita a far riconoscere un suo statuto disciplinare, sia per difficoltà riguardanti l'organizzazione degli studi, sia per scarsa applicazione degli studiosi. Finché economisti, statistici, studiosi di scienze politiche e di finanza pubblica non hanno compreso che, tralasciando questo campo di studio, non avrebbero compreso una buona parte dei fenomeni dello Stato moderno. E si sono dedicati ad esso. Ma con lo stesso difetto iniziale della scienza giuridica: per affermare la propria purezza, difendere il proprio sapere disciplinare, hanno scartato gli studi giuridici, hanno rifuggito dal dialogo con i cultori del diritto (basta vedere l'assenza di attenzione per le opere giuridiche negli scritti dei politologi sugli apparati amministrativi europei e nazionali).

Appare sempre più insufficiente, oggi, l'esame mono-disciplinare. Come comprendere il diritto amministrativo senza conoscerne la storia, visto che esso è dominato dal fenomeno dell'"institutional layering", per cui istituti di epoche diverse permangono sovrapponendosi o mescolandosi con altri, di altra età? Come studiare

tenendosi solo sul piede di casa, considerate l'insufficienza dell'analisi giuridica non comparativa e la vastità dei fenomeni di trapianto, imitazione, esportazione nel campo amministrativo? Come ignorare la presenza del diritto amministrativo europeo, la cui influenza si fa sentire ogni giorno di più, tanto che interi settori dell'ordine nazionale sono ora influenzati da esso (si pensi alla tutela dell'ambiente e alle norme sui contratti della pubblica amministrazione)? Come studiare alcuni campi, quale quello della finanza pubblica, o quello della esecuzione delle opere pubbliche, senza fare ricorso ad analisi economiche o sociologiche?

Gli scritti qui raccolti, pubblicati negli ultimi venti anni (ma che proseguono una riflessione avviata in precedenza, in particolare nel volume su « Cultura e politica del diritto amministrativo », Bologna, Il Mulino, 1971 e nell'aggiornamento contenuto in *Science of Administrative Law in Italy from 1971 to 1985*, in "Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart", Neue Folge, B. 34, 1985, p. 123 ss.), sono ordinati in partizioni che non hanno valore assoluto, essendovi sovrapposizioni e ripetizioni. Nell'ambito delle varie parti, gli scritti, a cui è stato conservato il titolo originale, sono disposti in ordine cronologico.

Gli anni e i luoghi di pubblicazione sono i seguenti: *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo* - Diritto amministrativo generale, I vol., II ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1-93; *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in "Le Carte e la Storia", 1997, n. 2, pp. 7-14; « *Une des formes de l'Etat nouveau du monde* » *- Riflessioni sul diritto amministrativo francese*, in "Studi & Informazioni", 1995, n. 1, pp. 143-153; *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno n. 19 », Milano, Giuffrè, 1990, pp. 5-82; *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1995, n. 1, pp. 107-131; *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo in Italia dal XIX al XX secolo*, in « Administration — Politique. Mélanges en l'honneur Athos G. Tsoutsos », Atene, Sakkoulos, 1990, pp. 103-121 (riprende alcune pagine iniziali de *Le Basi del diritto amministrativo*, I ed., Torino, Einaudi, 1989); *Prefazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo* - Diritto amministrativo generale, I vol., II ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. V-IX; *Lo smarrimento di Oreste e la furia delle Eumenidi: la vicenda intellettuale della scienza dell'amministrazione*, in "Il Foro Italiano", 1992, n. 2, V, c. 41-47; *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2005, n. 3, pp. 617-631; *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1989, n. 3, pp. 678-688; *Il problema della convergenza dei diritti*

amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1992, n. 2, pp. 467-474; *Le amministrazioni pubbliche in Europa: per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in « Scritti in onore di Pietro Virga », Milano, Giuffrè, 1994, vol. I, pp. 501-513; *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 1991, n. 1, pp. 3-10; *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1991, n. 3, pp. 769-774; *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in L. Vandelli - C. Bottari - D. Donati (a cura di), « Diritto amministrativo comunitario », Rimini, Maggioli, 1994, pp. 17-28; *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2003, n. 1, pp. 35-52; *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2004, n. 5, pp. 1135-1142; *Il procedimento amministrativo europeo*, in S. Cassese e F. Bignami (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderno n. 1 della "Rivista trimestrale di diritto pubblico", Milano, Giuffrè, 2004, pp. 31-51; *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. Chiti e G. Greco (diretto da), « Trattato di diritto amministrativo europeo », Milano, Giuffrè, II ed., 2007, pt. g., I, pp. 1-13; *Le nuove tendenze del diritto amministrativo*, in « Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari - Quaderno n. 6, Seminario 1995 », Torino, Giappichelli, 1996, pp. 163-171; *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della Rivista* Diritto Pubblico, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1995, n. 3, pp. 789-800; *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in "Giornale di diritto amministrativo", 1996, n. 9, pp. 869-872; *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2002, n. 1, pp. 27-40 (pubblicato anche in S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza 2003, pp. 147-162); *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2004, n. 4, pp. 901-912; *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2006, n. 3, pp. 597-611; *"Le droit tout puissant et unique de la société", Paradossi del diritto amministrativo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2009, n. 4, pp. 879-902; *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2010, n. 2; *La storia, compagna necessaria del diritto*, in "Le Carte e la Storia", 2009, a. XV, n. 2, pp. 5-11.

I.

LE ORIGINI: FRANCIA E INGHILTERRA

LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: FRANCIA E REGNO UNITO (*)

1. Introduzione. — 1.1. Il problema. Storia e comparazione. — 1.2. I tratti distintivi del diritto amministrativo. — 1.3. Le due vie dello Stato moderno in Occidente. — 1.4. Elementi comuni, divergenze e convergenze. — 2. Nascita del diritto amministrativo nella Francia del XIX secolo, suoi caratteri originari, progressiva liberalizzazione. — 2.1. Diritto amministrativo e rivoluzione francese. — 2.2. I caratteri originari del diritto amministrativo napoleonico. — 2.3. Gli *efforts d'inventaire*. — 2.4. Il liberalismo francese e il modello inglese. — 2.5. Tocqueville e il diritto amministrativo. — 2.6. Bonapartismi, interventismo e *charpente bureaucratique*. — 2.7. La terza Repubblica e la liberalizzazione del diritto amministrativo. — 2.8. La cultura giuridica della seconda metà del secolo. Conclusioni. — 3. Il diritto amministrativo dell'Inghilterra vittoriana. — 3.1. *The nineteenth century revolution in government*. — 3.2. *The avalanche of administrative law*: caratteri del diritto amministrativo inglese. — 3.3. L'insufficienza della scienza giuridica e la reazione di Dicey. — 4. Tra Francia e Inghilterra. La ricezione di Dicey in Francia e la formazione dei due tipi ideali; la contemporanea trasformazione del diritto amministrativo inglese. — 4.1. Hauriou. — 4.2. I due tipi ideali: come e perché si formano. — 4.3. Il modello inglese si trasforma. — 4.4. La « scoperta » del diritto amministrativo inglese e l'apprezzamento per il *droit administratif*. — 4.5. *The immense*

(*) Ringrazio i professori John Bell (Università di Leeds), Mario P. Chiti (Università di Firenze), Jean-Paul Costa (Università di Parigi 1 e Corte dei diritti dell'uomo), Marco D'Alberti (Università di Roma e Autorità garante della concorrenza e del mercato), Carol Harlow (London School of Economics and Political Science), Guido Melis (Università di Roma), Pasquale Pasquino (Centre national de la recherche scientifique), Fabio Rugge (Università di Pavia), Gerard Timsit (Università di Parigi 1) che hanno letto una prima versione di questo scritto e mi hanno fatto avere i loro commenti.

Ho inseguito il progetto di scrivere queste pagine per più di dieci anni, sempre accantonandolo, finché Guido Melis non mi ha convinto che questo Trattato non poteva aprirsi in altro modo. Una prima versione del testo è stata la base di due corsi tenuti nel 1999, il primo agli studenti della Scuola Universitaria Superiore di Pavia, il secondo agli allievi del corso di diritto amministrativo comparato del « Diplôme d'études approfondies - D.E.A. » in « Droit public interne » dell'Università di Parigi 1. A Guido Melis e agli studenti che hanno con tanta intelligenza partecipato ai due corsi dedico questo scritto.

growth in the volume and scope of administrative law (dalla grande crisi al secondo dopoguerra). — 5. Il diritto amministrativo in Francia alla fine del XX secolo. — 5.1. Le diverse componenti. — 5.2. *Les bureaux gouvernent*: innesto costituzionale e contesto politico del diritto amministrativo francese. — 5.3. *Le culte de la loi*: il posto della componente giuridica nell'amministrazione. — 5.4. La *règle de droit*. — 5.5. Caratteristiche del *droit administratif*: *judge-made law* e *droit de privilège*. — 5.6. Il *service public*, *pierre angulaire du droit administratif français*, e la sua crisi. — 5.7. Policentrismo, decentramento e difformità funzionale dell'amministrazione francese. — 5.8. Lo *statut de la fonction publique*. — 5.9. I privilegi e gli obblighi dell'amministrazione. — 5.10. Il dualismo giurisdizionale e le nuove forme di giustizia. — 6. Il diritto amministrativo nel Regno Unito alla fine del XX secolo. — 6.1. *Ministerial responsibility* e *partisan neutrality* della burocrazia. — 6.2. Il ruolo limitato dell'elemento giuridico. — 6.3. Dalla *rule of law* al riconoscimento del diritto amministrativo. — 6.4. Un centro frammentato e una periferia sotto controllo centrale. — 6.5. I dipendenti pubblici e i *civil servants*. — 6.6. Poteri e obblighi della pubblica amministrazione. — 6.7. L'*administrative justice*. — 6.8. La *judicial review of administration*. — 7. Conclusioni: convergenze in contesti diversi o differenze in contesti simili?

1. *Introduzione.*

1.1. *Il problema. Storia e comparazione.*

L'*House of Lords* inglese, la più antica assemblea legislativa del mondo, si riunisce in aule neogotiche del 1840, seguendo un cerimoniale introdotto nel XVII secolo, ma imitando usanze medievali. Agli inizi del XX secolo, il Giappone aveva una Costituzione influenzata da quella prussiana, un codice modellato su quello francese, un sistema scolastico di stampo tedesco e americano, un esercito di modello tedesco e una marina di tipo inglese. Le colonie, i protettorati e i mandati dei due ultimi secoli hanno prodotto fenomeni di assimilazione e di acculturazione in molti paesi nell'Africa nera francofona e adattamenti di istituti stranieri nell'America centrale e in quella del Nord (1). L'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato applica una legge del 1990, che traduce e sviluppa le disposizioni « antitrust » del trattato della Comunità europea, a loro volta ispirate dalla esperienza statunitense, filtrata attraverso la coeva legge tedesca sui cartelli.

Le istituzioni non sono, dunque, solo il prodotto di una volontà, quella del legislatore. Esse sono anche il frutto di un passato (o,

(1) E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, Puf, 1988.

meglio, di più passati, frequentemente reinterpretati) e il risultato di commistioni di ordinamenti diversi, tra i quali sono frequenti importazioni ed esportazioni.

Quale storia ha il diritto amministrativo alle sue spalle? Dove è nato (se di nascita si può parlare per un ramo intero del diritto)? Come si è evoluto e quali periodi hanno lasciato la loro impronta sui diritti amministrativi vigenti? Di quali « materiali » è costituito? Come si sono formati i tipi e sotto-tipi principali? Quali influenze reciproche vi sono state, tra i diversi tipi? Per rispondere a queste domande, occorre, da un lato, interrogare la storia, dall'altro comparare i percorsi del diritto amministrativo dei principali paesi. La storia consente di individuare i periodi formativi principali. La comparazione permette di fissare i tipi ideali.

L'uno e l'altro esercizio saranno qui tentati, scegliendo i due paesi nei quali, per i motivi che saranno chiari più avanti, si sono formati i modelli principali, Francia e Inghilterra. Si analizzerà prima la fase della nascita, poi quella del consolidamento del diritto amministrativo nella Francia del XIX secolo. In secondo luogo, si esaminerà la situazione del diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana e la sua negazione, ad opera dei giuristi inglesi della stessa epoca. Si tornerà, in terzo luogo, in Francia, per esaminare la reazione dei giuristi di quel paese alla negazione inglese del diritto amministrativo, e la formazione dei due « tipi ideali », contrapposti l'uno all'altro proprio mentre, in Inghilterra, si sviluppa e viene riconosciuto il diritto amministrativo. A questo punto, si metteranno a raffronto il diritto amministrativo francese e quello inglese odierni. Infine, si tireranno le conclusioni esaminando convergenze e divergenze.

1.2. *I tratti distintivi del diritto amministrativo.*

Prima di iniziare, si illustrano i tratti distintivi del diritto amministrativo, che sono quattro. Il *primo* riguarda il suo ambiguo rapporto con il diritto costituzionale: il diritto amministrativo dipende da quello costituzionale, ma, nello stesso tempo, lo condiziona. Gli organi e le procedure amministrative trovano il loro fondamento nel diritto costituzionale. Le costituzioni dedicano un numero crescente di norme all'amministrazione, che finisce, quindi,

per essere oscurata o nascosta dal diritto costituzionale. In certo senso, il diritto costituzionale contiene le grandi scelte politiche, mentre il diritto amministrativo riguarda, in apparenza, problemi tecnici, neutri, politicamente indifferenti, come quello del monismo o dualismo giurisdizionale o quello dell'accentramento o decentramento.

Nella vita concreta delle istituzioni, il rapporto diventa più complesso. Il diritto amministrativo appare come *konkretisiertes Verfassungsrecht* (2). Esso non riguarda solo problemi di efficienza e di allocazione di poteri, relativamente neutrali, ma anche essenziali problemi di libertà e di tutela degli interessi collettivi. Infine, dal diritto amministrativo dipendono, concretamente, diritti e doveri, per cui una circolare amministrativa finisce per essere più importante di una solenne dichiarazione costituzionale.

Questo aspetto è stato notato fin dalla fase della nascita del diritto amministrativo. J. Mallet du Pan (3) osservava: « *Über Regierungsformen lasst Toren mit einander streiten; Die beste ist, welche am besten verwaltet ist* » (si lascino discutere i folli sulle forme di governo; il meglio è quel che è meglio amministrato). A sua volta, B.G. Niebuhr (4) notava: « la libertà si basa assai più sull'amministrazione che sulla Costituzione ».

Il *secondo* tratto caratteristico del diritto amministrativo riguarda il suo legame con le tradizioni nazionali. Esso è considerato come un prodotto della storia di ciascun paese, con caratteri strettamente nazionali (5) e molti ritengono che esso sia sorto nell'Europa continentale postrivoluzionaria, per cui non se ne possono generalizzare i concetti oltre questi limiti di spazio e di tempo. Ad esempio, il diritto inglese, non avendo subito il taglio netto della rivoluzione francese tra mondo feudale e mondo borghese, non avrebbe conosciuto un diritto amministrativo (6).

---

(2) F. Werner, *Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsche VerwaltungsBlatt*, 1959, p. 527 ss.

(3) J. Mallet du Pan, *Über das Charakteristiche und die lange Dauer der französischen Revolution*, trad., pref. e note di F. von Gents, Berlin, 1794, p. 206.

(4) B.G. Niebuhr, *Vorrede*, a L. Freiherr von Vincke, *Darstellung der inneren Verwaltung Grossbritanniens*, Berlin, 1815.

(5) Su questo punto, S. Cassese, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 678.

(6) M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, Einaudi, II ed., 1988, p. 73-74.

Dunque, il diritto amministrativo, dipendendo dallo Stato, è legato ad un particolare contesto storico, per cui vi sono nazioni che lo conoscono, altre che ne ignorano l'esistenza. In questo senso, il diritto amministrativo sarebbe legato al particolarismo, a differenza del diritto privato, che è universale, perché dovunque vi sono disciplina della proprietà, garanzia del contratto, norme sulla famiglia, regole sulla responsabilità, ecc.

A guardare bene, però, anche il diritto amministrativo rivela una forza espansiva, ultranazionale, perché non vi è ordinamento giuridico sviluppato che non regoli i rapporti tra politica e amministrazione, che non stabilisca diritti dei cittadini verso l'amministrazione e poteri della seconda rispetto ai primi, che non attribuisca a un organo giudicante il compito di risolvere i conflitti tra amministrazione e cittadini, ecc.

Il *terzo* tratto caratteristico del diritto amministrativo riguarda la data della sua nascita.

Il diritto privato si afferma quando una collettività raggiunge un certo grado di stabilità. Il diritto costituzionale si sviluppa quando il governo di una società raggiunge un certo grado di complessità. Il diritto amministrativo si afferma solo nella fase della maturità dello Stato, quando questo sviluppa una struttura prima esecutiva, poi regolativa, infine erogativa (7).

Il diritto privato aveva già un *corpus* normativo completo, giudici e commentatori ben prima del XIX secolo. Per quanti precedenti siano stati cercati negli antichi imperi idraulici, cinesi e mesopotamici (8) e nel diritto canonico (9), il diritto amministrativo si sviluppa solo nel secolo XIX, in Stati con ordinamenti maturi, che esistono da tre a cinque secoli.

Il *quarto* tratto distintivo del diritto amministrativo, legato al secondo, è la sua estensione diversa da paese a paese, per cui ciò che è diritto amministrativo in un paese, non lo è in altri (incertezza dell'oggetto). La nozione e le regole del diritto amministrativo non

---

(7) La funzione regolativa, peraltro, riprende quota a partire dagli anni ottanta del XX secolo.

(8) K.A. WITTFOGEL, *Oriental Despotism. A Comparative Study of Total Power*, New Haven (ct), Yale University Press, 1957, tr. it. Milano, SugarCo, 1980.

(9) G. LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif*, in *L'evolution du droit public*, Etudes Mestre, Paris, Sirey, 1956, p. 395 ss.

hanno un valore generale o universale, come quelle del diritto privato, ma sono diverse da paese a paese: in alcuni esso è più sviluppato, in altri lo è meno; in alcuni i principi ordinatori sono di un tipo, in altri di tipo differente; in alcuni le riflessioni giuridiche sono molto ampie, in altri sono molto limitate. Insomma, non vi sono unità profonde, bensì entità disparate, non coerenti, nei diversi paesi (10).

La principale differenza (che tende, però, ad attenuarsi) è quella tra paesi che includono nel diritto amministrativo la sola giustizia amministrativa e paesi che, invece, vi comprendono anche il diritto che governa organizzazione e attività amministrative (11).

1.3. *Le due vie dello Stato moderno in Occidente.*

Il diritto amministrativo — si è notato — è il frutto di un'evoluzione e la sua configurazione dipende in larga misura da tale evoluzione. Ora, questa evoluzione è legata al diverso sviluppo dello Stato, secondo i due modelli individuati da Voltaire nel XVIII secolo e sviluppati da Tocqueville in quello successivo. Il primo è quello continentale (francese, innanzitutto), caratterizzato dal potere assoluto dell'esecutivo, dalla centralizzazione, dalla preminenza dell'eguaglianza sulla libertà. Il secondo è quello anglosassone (innanzitutto inglese), caratterizzato dalla tradizione liberale e dalla preminenza del Parlamento, dal *self-government*, dal progresso dell'eguaglianza d'intesa con la libertà (12).

Il diritto amministrativo si sviluppa, innanzitutto, nel primo tipo di Stato, com'è naturale, per la più compiuta affermazione dell'esecutivo e dei suoi poteri. Ma, poi, da un lato, si carica di significati diversi: nato come diritto speciale dell'esecutivo, inteso come un potere privilegiato, e, quindi, con contrassegni autoritari, sviluppa

---

(10) J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, *Les cours de droit*, Paris, 1956-1957 (*policopié*), p. 15; M. Bouchard, *Administrative Law in the Real World: a View from Canada* in M. Taggart (a cura di), *Judicial Review of Administrative Action in the 1980s, Problems and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 179, osserva: « what they have been calling administrative law for all these years is not, in fact, administrative law at all, but a mere part of that wider discipline ».

(11) M. Bouchard, *op. cit.*, p. 180.

(12) Per la comparazione Francia-Stati Uniti, L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat - Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Puf, 1985.

una componente liberale, in funzione di garanzia dei cittadini nei confronti del potere esecutivo (13) e, più tardi, si colora di socialismo, apprestando la strumentazione dell'ingerenza statale nell'economia e dell'attuazione dello Stato sociale. Dall'altro, registra una rapida espansione anche nel modello anglosassone, sotto la spinta di esigenze diverse, militari, coloniali, finanziarie, di correzione dell'industrializzazione, ecc. Per cui vicende storiche parallele (Francia e Inghilterra, nel XIX secolo, sono le due grandi potenze mondiali, con ampi eserciti e vasti imperi coloniali; ambedue registrano i primi progressi dell'industrializzazione; debbono finanziare eserciti e guerre e, quindi, dotarsi di amministrazioni fiscali e di spesa complesse) producono esiti di cui noi siamo ora in grado di vedere le somiglianze, che erano, invece, ignorate o negate dai contemporanei.

Quanto osservato richiede sia di esaminare la storia del diritto amministrativo e di comparare i diversi diritti amministrativi, sia di contaminare storia e comparazione, perché, se *history involves comparison* (secondo la nota frase di Maitland), *comparison involves history* (14).

---

(13) Ed, anzi, in altri paesi, come la Germania, nasce proprio con il liberalismo: M. STOLLEIS, *Una svolta nella formazione dei funzionari amministrativi: l'emarginazione della cameralistica ad opera della giurisprudenza*, in A. Mazzacane e C. Vano (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, s.d. ma 1994, p. 255-256.

(14) Il rovesciamento della frase di Maitland è di G. GORLA, di cui si vedano, in particolare, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 930; *Ricordi della carriera di un comparatista*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 6 e *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 39 ss. Sulla comparazione giuridica, oltre agli altri scritti citati in questo capitolo, P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1997, dove, a p. 289, cenni al diritto amministrativo inglese (questo volume è interessante perché coniuga storia e comparazione) e R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 1992 (dove, a p. 163 ss., una parte sul diritto pubblico comparato). Tra i molti saggi su problemi specifici, R. SACCO, *La circolazione del modello giuridico francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 515 ss. e V. ZENO-ZENCOVICH, *Il « codice civile europeo », le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, p. V, c. 60 ss. Nella letteratura straniera, P. LEGRAND, *Comparer*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1996, n. 2, p. 279 ss., (che insiste sulla comparazione per analizzare differenze, non uniformità) e T. KOOPMANS, *Comparative Law and the Courts*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, n. 3, p. 545 ss. Sulla comparazione nel campo storiografico, L. CAFAGNA, *La comparazione e la storia contemporanea*, in *Meridiana*, 1989, n. 6, p. 15 ss. Sulla comparazione in generale,

1.4. *Elementi comuni, divergenze e convergenze.*

I due modelli caratteristici dello Stato moderno, però, non esistono separatamente. Innanzitutto, come già notato, essi si sviluppano, in contesti diversi, ma sotto la pressione di esigenze comuni. In secondo luogo, essi non costituiscono mondi separati, ma dialogano continuamente, scambiandosi istituti, per cui le contaminazioni sono la regola (ad esempio, come si noterà più avanti, nel Regno Unito vi è ora, sia pur in embrione, un sistema dualistico di giurisdizione amministrativa). In terzo luogo, questo dialogo non produce soltanto scambi, ma anche divergenze, rifiuti, contrasti, che non sono meno importanti delle convergenze, perché fissano « idealtipi » (ad esempio, la cultura inglese della fine del XIX secolo e dell'inizio del XX ha contrastato il *droit administratif* francese, inducendo anche la cultura francese a ritenere che vi fossero paesi senza diritto amministrativo, di cui il modello principale era quello inglese).

Nella realtà, dunque, i due modelli non sono immanentemente separati, ma possono essere considerati anche come parti di un insieme, che si forma per l'azione convergente di esigenze comuni e di scambi reciproci e per l'azione divergente di differenze, contrasti e contrapposizioni.

Non a caso i pochi studi generali di diritto amministrativo comparato, di Jean Rivero (15), di Spyridon Flogaitis (16), di Mario P. Chiti (17) e di Marco D'Alberti (18) ruotano tutti intorno alla contrapposizione Francia-Inghilterra (19).

R. Fideli, *La comparazione*, Milano, Franco Angeli,1998. Nel comparare occorre, naturalmente, fare un uso critico e rigoroso della storia e del passato, secondo le avvertenze di C.R. Sunstein, *The Idea of a Useable Past*, in *Columbia Law Review*, 95, 1995, April, n. 3, p. 601 ss.

(15) J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit.

(16) S. Flogaitis, *Administrative law et droit administratif*, Paris, L.g.d.j., 1986.

(17) M.P. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, in *D. disc. pubbl.*, V, *ad vocem*., Torino, Utet, 1990.

(18) M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

(19) Vi sono, poi, i tentativi di analisi settoriali, ma estesi anche ad altri paesi, quali quelli sul pubblico impiego e quelli sulla giustizia amministrativa: G. Timsit e J. Letowski (a cura di), *Les fonctions publiques en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Paris, Cnrs, 1986; J.-L. Bodiguel, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, L.g.d.j., 1994; A. Claisse

Ognuna delle forze che agiscono in questo contesto unitario è carica di ambiguità. La pressione di esigenze simili produce istituti diversi: ad esempio, l'espansione coloniale ha dato luogo, nei paesi dominati dalla Francia, all'assimilazione dei diritti locali al diritto amministrativo francese; nei paesi dominati dall'Inghilterra, alla sovrapposizione del diritto costituzionale inglese ai diritti amministrativi locali.

Gli scambi di istituti non producono solo somiglianze, perché le istituzioni trapiantate cambiano, adattandosi all'ambiente e prendendo nuove forme, talora conservando solo il nome dell'istituto originario, perché le culture nazionali e le strutture sociali prendono il sopravvento ([20]). Ad esempio, il *Mediateur* francese e il *Parliamentary Commissioner for Administration* inglese pur provenendo dallo stesso ceppo (l'*Ombudsman* scandinavo), sono istituzioni diverse.

Le divergenze, infine, non producono soltanto contrasti e sviluppo contrastivo di tipi ideali, ma consentono anche avvicinamenti tra ordinamenti: ad esempio, lo sviluppo del diritto privato nelle

---

e M.-C. MEININGER, *Fonctions publiques en Europe*, Paris, Montchrestien, 1994; A. AUER, C. DEMMKE, R. POLET, *Civil Services in the Europe of Fifteen: Current Situation and Prospects*, Maastricht, E.i.p.a., 1996; H.A.G.M. BEKKE, J.L. PERRY, T.A.J. TOONEN (a cura di), *Civil Service Systems in Comparative Perspective*, Bloomington, Indiana University Press, 1996; R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, Paris, Lagrave, 1934; D. PEPY, *Justice anglaise et justice administrative française*, in *Etudes et documents*, X, 1956, p. 159 ss.; J.D.B. MITCHELL, *L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni: ses causes et ses effects*, in *Etudes et documents*, XVIII, 1964, p. 211; J. BARNES VAZQUEZ, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993; A.R. BREWER-CARIAS, *Judicial review in comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

([20]) Per cui bisogna considerare gli istituti giuridici nella loro funzione sociale, come prodotti di più fattori, uno dei quali è l'imitazione, l'altro l'ambiente sociale e culturale in cui si sviluppa: S. CASSESE, *Lo studio comparato*, cit., p. 678 ss.; questo punto è stato poi sviluppato da U. MATTEI e P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, p. 39 e 44-45, nonché, più di recente, da P.G. MONATERI, *The « Weak » Law: Contaminations and Legal Cultures*, in *Rapports nationaux italiens au XVeme congrès international de droit comparé*, Bristol, 1998, Milano, Giuffrè, 1998, p. 83 ss., secondo i quali i trapianti sono dominati dal sistema che accoglie l'istituto trapiantato, l'imitazione è selettiva e creatrice e la circolazione degli istituti dipende, in ultima istanza, da strategie e problemi del sistema che imita, il quale opera in funzione dei propri bisogni di dare motivazioni e di cercare legittimazioni, ricorrendo a modelli « prestigiosi » per risolvere i propri problemi.

amministrazioni dominate dal diritto amministrativo, come quella francese, è stato potentemente agevolato dalla formazione dei due tipi ideali, quello francese, caratterizzato dal *régime administratif* e quello inglese, caratterizzato dalla applicazione della *common law* all'amministrazione (e alla Corona, con cui l'amministrazione era tutt'uno) e, quindi, dall'idea che potessero esistere amministrazioni non privilegiate, interamente sottoposte allo stesso diritto dei privati.

La comparazione giuridica tradizionale, fondata sull'individuazione di tipi e di famiglie (21) e sullo studio comparativo di somiglianze e differenze, nonché sull'esame dei trapianti e delle contaminazioni tra istituti da un tipo o famiglia all'altro, sottovaluta quattro aspetti. *Il primo* è costituito dalla formazione contrastiva dei diritti: questi si comparano per sottolineare qualità specifiche, per contrapporsi. Ma, poi, dalle contrapposizioni nascono nuove convergenze.

Il *secondo* elemento sottovalutato è quello della comunanza degli sviluppi: vi sono aree nelle quali, per numerose circostanze storiche, sistemi giuridici considerati come immanentemente separati, sono piuttosto parti di un insieme: posizioni simili nell'arena mondiale, eguali pressioni degli eventi, dialogo e differenziazione, hanno prodotto risultati nei quali in passato si notavano le differenze, noi oggi notiamo le somiglianze.

Mario P. Chiti (22) ha osservato che l'evoluzione storica ha influito anche sulla comparazione giuridica. Nella prima parte del XIX secolo, durante la fase della formazione dello Stato di diritto e del diritto amministrativo, vi erano l'apertura e interazione tra gli ordinamenti. Nella seconda parte dello stesso secolo, invece, raggiunto un assetto nazionale stabile, realizzati i primi compiuti modelli di amministrazione, sotto la pressione del metodo giuridico positivistico, prevale la separazione.

Il *terzo* elemento sottovalutato è quello della percezione dei problemi (e, quindi, delle differenze e delle somiglianze). Se non è possibile una descrizione di realtà come sono, separate dai sistemi concettuali ed è sbagliata la dicotomia che divide il pensiero in due aree, una dei fatti che possono essere stabiliti senza controversia,

---

(21) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, Paris, Dalloz, VIII ed., 1982 (la prima ed. è del 1964).

(22) M.P. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 207-208.

un'altra di valori, nella quale si è sempre in disaccordo (23), è importante la tradizione nella quale si colloca ogni tipo di comparazione. Ognuno di questi non è espressione irrelata, che va solo commisurata all'ordinamento oggetto di studio, ma è l'anello di una tradizione, che influisce sul suo sistema concettuale, sul suo modo di studiare, sul suo modo di selezionare il diritto oggetto di studio, ecc.

L'*ultimo* elemento sottovalutato è la dimensione storica. Se la comparazione si svolge su un breve periodo, possono anche prevalere differenze, dettate dai singoli contesti storici. Se, invece, la comparazione si stende su un congruo arco di tempo, le cose cambiano, perché emergono eventi nuovi, fattori di convergenza e di divergenza, ricompaiono somiglianze che il breve periodo nascondeva. L'arco di tempo da prendere in considerazione nei diversi paesi considerati può anche non essere lo stesso, perché i vari sistemi possono svilupparsi in anni diversi. Per cui va considerato anche l'influsso di modelli sperimentati precedentemente in altri ordinamenti.

A queste avvertenze metodologiche si aggiungono quelle segnalate da tempo dai comparatisti. In primo luogo, il necessario antipositivismo della comparazione giuridica (24). In secondo luogo, la relativizzazione della comparazione: si comparano sistemi giuridici che non sono monoliti, ma contengono più regole e interpretazioni (25). In terzo luogo, la distinzione tra ciò che ripetono i giuristi di un dato paese e la realtà sottostante (26). In

---

(23) Sono le conclusioni del filosofo nordamericano H. PUTNAM, *The Many Faces or Realism*, Open Court, La Salle, Illinois, 1987.

(24) Chi ha più e meglio di ogni altro consigliato di non cadere nel « nirvana del puro positivismo » è C. SCHMITT, secondo il quale lo studio scientifico del diritto pubblico è « un campo che va ben oltre i confini di una nazione e, a maggior ragione, ben oltre la legalità positiva propria di una generazione. Eppure non si tratta di una generalità che prescinda da una situazione determinata; né di una faccenda indifferenziata che riguardi il mondo intero e ogni tempo. È una creazione dello spirito europeo, è un *jus publicum europaeum*, che resta congiunto ad un'epoca precisa »: *Ex captivitate salus*, tr. it., Milano, Adelphi, 1987, p. 57 e 64; si veda anche p. 67, dove critica « i positivisti dello *status quo* del momento, delle facciate di legalità di volta in volta vigenti »; su questo aspetto di Schmitt, P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum - Saggio su C. Schmitt*, Milano, Comunità, 1982.

(25) U. MATTEI e P.G. MONATERI, *Introduzione breve*, cit., p. 11.

(26) È un punto sottolineato, in particolare, da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, IV ed., 1990, p. 65 e p. 155-156 e da U. MATTEI e P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 14, 20, 27-28, 30-31.

quarto luogo, la dissociazione degli istituti, per cui non circola il modello nel suo complesso, ma singole sue parti (27). Infine, l'importanza delle tradizioni giuridiche: « *law evolves from the legal tradition* » (28).

2. *Nascita del diritto amministrativo nella Francia del XIX secolo, suoi caratteri originari, progressiva liberalizzazione.*

2.1. *Diritto amministrativo e rivoluzione francese.*

L'espressione *droit administratif* compare, in Francia, alla fine del XVIII secolo e si propaga sotto il primo impero (29); così anche il termine *fonctionnaire* (30).

Il diritto amministrativo nasce in Francia per effetto della rivoluzione francese e del primo Impero, che abbattono non solo le istituzioni politiche, ma anche quelle amministrative dell'Antico Regime (31).

La tesi della nascita del diritto amministrativo con la rivoluzione francese e l'impero, molto diffusa, sottolinea la discontinuità tra Antico e Nuovo Regime, che è, invece, negata da una cospicua corrente di pensiero, per cui Napoleone non avrebbe fatto altro che riprendere e sviluppare istituti dell'Antico Regime (32) e la rivoluzione francese sviluppa ciò che la monarchia assoluta aveva incominciato: accentramento e ampliamento

---

(27) R. Sacco, *op. cit.*, p. 173.

(28) A. Watson, *The Evolution of Law*, Oxford, Blackwell, Johns Hopkins University Press, 1985, p. 5 e p. 119; ma, in questo senso, principalmente J.H. Merryman, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973 (questo studioso è di recente tornato sul tema in uno scritto su *Comparative Law Scholarship*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, XXI, n. 4, 1998, summer, p. 771, dove distingue « *text-based comparative law* » e « *system-based comparative law* », sostiene giustamente che il primo tipo di comparazione è in crisi e che, per seguire il secondo approccio, bisogna considerare *legal extension*, *legal penetration*, *legal culture*, *legal institutions*, *legal actors*, *legal processes*, *secondary rules* e *legal expense*).

(29) J.-L. Mestre, *Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le Cours de législation administrative de Portiez de l'Oise*, in *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 244-246.

(30) Y. Thomas, *Histoire de l'administration*, Paris, La Decouverte, 1995, p. 25.

(31) F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, Puf, 1995, p. 41 ss.

(32) È la nota tesi di A. Tocqueville, *L'Ancien Régime et la révolution*, (1856), ora in A. Tocqueville, *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964.

degli attributi e strumenti del potere governativo (33). Questa corrente è stata ripresa e sviluppata sotto il profilo della storia del diritto amministrativo (34) e della storia generale delle istituzioni (35). La tesi della continuità non considera il fatto che, nello Stato moderno, prima che questo approdasse, nel XIX secolo, allo Stato nazionale di diritto, accentramento e monopolizzazione del potere hanno convissuto con il pluralismo dei poteri, a fondamento corporativo territoriale (36) per cui non si evidenziano un potere centrale superiore alle istituzioni intermedie, un potere esecutivo separato da quello giudiziario, regole stabili, non fluttuanti, che consentono ad una disciplina scientifica di organizzare le regole in sistema (37).

2.2. *I caratteri originari del diritto amministrativo napoleonico.*

Nella sua fase iniziale, il diritto amministrativo presenta i seguenti caratteri.

Innanzitutto, esso è fondato sul rafforzamento del potere pubblico, nei confronti dei cittadini, ma anche nei confronti dei terzi contraenti e dei dipendenti. Come dichiara Roederer al *Corps legislatif* nel 1800, « *l'administration consiste en... l'agence de transmission des lois aux administrés et des plaintes des administrés au gouvernement; en d'autres mots, l'agence de communications réciproques entre la volonté publique et les intérêts particulièrs* » (38).

In *secondo* luogo, il diritto amministrativo vede la sottoposizione del potere pubblico a norme derogatorie al diritto comune e l'attribuzione ad esso di poteri speciali che discendono dalla sua partecipazione alla sovranità dello Stato: « *le Prince n'est point obligé aux lois civiles* » (39).

In *terzo* luogo, il diritto amministrativo si vale della centralizzazione e dell'uniformità amministrativa. Vengono soppressi i poteri

---

(33) K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (1852), tr. it., Roma, Editori Riuniti, 1997, p. 197.

(34) J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, Paris, Puf, 1985.

(35) D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni - Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, tr. it., Bari, Laterza, 1998.

(36) L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di « Stato moderno »*, in *Storia, Amministrazione, costituzione*, 1994, n. 2, p. 258 ss.

(37) F. Burdeau, *Histoire*, cit., p. 40.

(38) Riprodotto in P. Legendre, *L'administration du XVIII siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1969, p. 268.

(39) P. Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Puf, 1968, p. 470 e 472.

intermedi e sostituiti con il prefetto, che ricorda solo in parte l'intendente di Antico Regime, è il rappresentante dello Stato, il *relais* obbligatorio tra centro e periferia. Aboliti ordini e corporazioni, il territorio è diviso in ottantatre dipartimenti secondo criteri razionali non secondo tradizioni storiche, *par des ciseaux de géomètre* (40). Il diritto amministrativo è, dunque, un sistema tendenzialmente monopolistico (41).

La *quarta* caratteristica originaria del diritto amministrativo sta nell'ampio potere regolamentare dell'esecutivo e nella sua continua dilatazione. Assorbita interamente l'amministrazione nella sfera governativa e dell'esecutivo (mentre, in precedenza, essa presentava caratteri comuni con la sfera giudiziaria), il diritto amministrativo diviene diritto dell'esecutivo e disciplina sia la sua organizzazione interna, sia i suoi rapporti con i cittadini.

In *quinto* luogo, funzione amministrativa e funzione giurisdizionale vengono separate e viene stabilito che i giudici non possono turbare in alcuna maniera l'attività dei corpi amministrativi (42). Di conseguenza, viene introdotta la garanzia dei funzionari, nel senso che essi non possono essere perseguiti in sede civile o penale per fatti relativi alle loro funzioni, se non in base ad una decisione del *Conseil d'Etat*, e i conflitti amministrativi sono sottratti alla conoscenza dei giudici ordinari e affidati ad un corpo amministrativo, il *Conseil d'Etat*. In questo modo, l'amministrazione è posta fuori del diritto comune.

Queste caratteristiche vengono completate, in *sesto* luogo, dal *Conseil d'Etat*, un organo particolare per funzioni, composizione, collocazione istituzionale. Esso redige testi normativi, svolge attività di alta amministrazione, controlla l'amministrazione, fornisce pareri

---

(40) H. TAINE, cit. in P. LEGENDRE, *Histoire*, cit., p. 114; si vedano anche le pp. 108 e 138. Ma la critica risaliva ad epoca precedente. Burke aveva osservato « on n'a jamais vu des hommes découper leur patrie en morceaux d'une manière aussi barbare » (cit. in P. SADRAN, *Le système administratif français*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 54).

(41) Ciò sarà dimostrato più avanti anche dall'assoggettamento delle colonie francesi allo stesso regime.

(42) Su questo punto, P. AIMO, *La justice et l'administration dans les constitutions francaises et italiennes de l'époque de la Révolution*, in *Constitution et révolution aux Etats-Unis d'Amerique et en Europe (1776-1815)*, Laboratorio di storia costituzionale, Macerata, s.d., p. 537 ss.

al governo, risolve controversie amministrative, decide sui conflitti di attribuzione tra autorità amministrative e tribunali giudiziari. È composto di funzionari che svolgono anche funzioni di amministrazione attiva, nominati e destituiti discrezionalmente dall'esecutivo. È organo di rango politico, operando sotto la direzione dell'imperatore, ma, nello stesso tempo, è al vertice del sistema amministrativo (43).

Alcune di queste funzioni (ad esempio, quella normativa) si attenueranno o andranno perdute successivamente, nel corso del XIX secolo. Altre si svilupperanno: ad esempio, quella contenziosa, che diventerà giurisdizionale, producendo così un dualismo giudiziario. La collocazione istituzionale cambierà, assumendo il *Conseil d'Etat* un ruolo più accentuatamente amministrativo. Ma le caratteristiche di fondo rimarranno stabili nel corso dei secoli successivi.

2.3. *Gli* efforts d'inventaire.

La legislazione amministrativa, lo sviluppo delle strutture del nuovo Stato e l'opera ordinatrice che presto sarebbe stata svolta dal *Conseil d'Etat* non sarebbero bastate al decollo del diritto amministrativo se non fossero state accompagnate dagli *efforts d'inventaire* (44) di un notevole gruppo di operatori, che si improvvisarono studiosi e insegnanti e che erano, di mestiere, giuristi (45). Questi svolsero, sia pure in forme che oggi appaiono primitive, un vero e proprio censimento delle nuove norme: basti dire che uno dei primi di essi, Macarel, si prefisse lo scopo di raccogliere ed ordinare 80mila tra leggi ed ordinanze, per mettere fine al « caos » fino allora imperante. Tocqueville giudicherà il suo lavoro « *un véritable code administratif* » (46).

---

(43) F. Burdeau, *Histoire*, cit., p. 89 ss.

(44) P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 10; si veda anche p. 41.

(45) Sul ruolo degli specialisti e dei giuristi, in generale, R. MacLeod, *Government and Expertise-Specialists Administrators and Professionals, 1860-1919*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 e, per il periodo precedente, R. Schnur (a cura di), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

(46) A. Tocqueville, *Rapport à l'Academie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel intitulé Cours de droit administratif* (1846), in A. Tocqueville, *Oeuvres complètes*, IX, *Études économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p.

Nel 1818 appare il volume di Macarel sulla giurisprudenza amministrativa e l'anno seguente inizia un insegnamento della materia all'Università di Parigi (47).

Della prima fioritura degli studi di diritto amministrativo sono caratteristici tre aspetti. Il *primo* riguarda gli autori di questi studi. Se si prendono i primi quattro, Gerando, Cormenin, Macarel e Vivien (48), nati tra il 1770 e lo scoppio della rivoluzione francese ed attivi scientificamente tra la caduta di Napoleone e la seconda Repubblica, si nota un tratto caratteristico: essi sono, spesso nello stesso tempo, amministratori pubblici, componenti del Consiglio di Stato, insegnanti, autori di opere e parlamentari. Si tratta, quindi, di persone impegnate, innanzitutto, nella pratica; partecipi, poi, con intensità diversa, alla vita politica; infine, insegnanti e, quindi, autori di studi, per lo più in età matura. Insomma, prima che autori, sono protagonisti (o, comunque, attori) sulla scena politica e amministrativa.

A questo si aggiunga che solo il terzo e il quarto concentrano i loro interessi principalmente nel campo giuridico. Gerando, invece, è studioso eclettico: si interessa di filosofia, psicologia, antropologia, linguistica, mentre Cormenin è poeta e notissimo autore di *pamphlet*, nei quali sostiene, tra l'altro, l'elezione popolare del capo dello Stato e l'approvazione popolare della costituzione e si incaricherà di preparare, con l'aiuto di Vivien, la redazione della costituzione del 1848 (49).

Il *secondo* aspetto riguarda il loro metodo, che è quello di

---

62, tr. it., in *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1969; è Tocqueville che dice che Macarel aveva messo ordine in ottantamila leggi ed ordinanze.

(47) F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 107.

(48) Su Macarel e J. Savoye, *Quelques aspects de l'oeuvre de Louis-Antoine Macarel (1790-1851). Contribution à l'étude de la naissance des sciences politiques et administratives*, 2 tomes, thèse, UER des sciences juridiques, Lille, 1970. Su Vivien, O. Pirotte, *Alexandre-François-Auguste Vivien de Goubert (1799-1854) - Contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, Paris, L.g.d.j., 1972; si veda, a p. 351, la importante lettera di Tocqueville a Vivien del 10 luglio 1853 e a p. 373 quella di Vivien a Laferrière. Sui giuristi fondatori, G.J. Guglielmi, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française de la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, L.g.d.j., 1991, p. 79.

(49) Secondo quanto riferisce Tocqueville in *Entretien de Tocqueville avec Nassau Williams Senior (1848-1858)*, in E. D'Eichtal, *Alexis de Tocqueville et la démocratie libérale*, Paris, Calmann Lévy, 1897, p. 287.

prendere a base del proprio lavoro l'analisi della giurisprudenza: « *... dans l'absence de la loi, cette jurisprudence est le seul guide des juges administratifs* », osserva L. Macarel (50). Ma la disciplina normativa e regolamentare viene ancora ordinata per materia, in ordine alfabetico, con attenzione per boschi, demanio, comuni, agenti contabili, acque, emigrazione, istituzioni di beneficenza, espropriazione, mercati, miniere, lavori pubblici, strade, ecc.

Il *terzo* aspetto caratteristico di questa prima stagione della scienza del diritto amministrativo sta nello sforzo di costruire un sistema autonomo, separato sia dal diritto privato (anche se tributario verso questo del metodo d'analisi), sia dal diritto costituzionale.

Pur in assenza di analisi approfondite su questa fase iniziale degli studi (51), si può concordare con il giudizio di Pierre Legendre (52): « *les juristes du XIX furent... les serviteurs de l'Etat-gendarme...* ».

2.4. *Il liberalismo francese e il modello inglese.*

Costruito sulle rovine dell'Antico Regime in funzione dell'Impero, il diritto amministrativo francese, una volta terminata l'esperienza napoleonica (che aveva dato ad esso una forte impronta autoritaria), prese una direzione diversa. Saranno ora esaminate le forze che operarono questo cambiamento; poi, i cambiamenti prodotti.

Caduto Napoleone, riprende quota la corrente liberale, affascinata dall'esperienza inglese. Già Voltaire era stato attratto dal costituzionalismo parlamentare inglese e dalla sua filosofia liberale (53). Più tardi, nel crogiuolo dell'*ésprit* liberale costituito dal circolo di Coppet, si distinguono Necker e Constant. Il primo è

---

(50) L. Macarel, *Elémens* [sic!] *de jurisprudence administrative*, Bruxelles, Societé typographique belge, 1837, p. III.

(51) Ma si veda M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, n. 2, p. 218 ss. e F. Burdeau, *Histoire*, cit., p. 105 ss.

(52) P. Legendrè, *Histoire*, cit., p. 89. Sulla nascita della « *science du droit administratif* », F. Burdeau, *Histoire*, cit., p. 105 ss.

(53) L. Lacchè, *Régard outre-Manche: le jury d'expropriation et les logiques du droit admininistratif français au début du 19e siècle*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, 1996, n. 8, p. 136 ss.

preso da ammirazione per l'*happy constitution* britannica, considerata punto di equilibrio tra ragione e storia, paradigma della costituzione storica, che lascia il giusto spazio alle due forze riformatrici, il tempo e l'esperienza. Constant, a sua volta, sviluppa la sua idea di un *pouvoir neutre et préservateur* guardando all'Inghilterra, dove il sovrano è un potere separato da quello esecutivo (54).

Dal 1814 al 1830, segue un periodo nel quale dottrine politiche ed esperienze liberali inglesi ricevono la massima attenzione (*quinze ans anglais*) (55). Con l'esperienza inglese, riceve attenzione la costituzione belga del 1831, ritenuta trascrizione fedele del sistema parlamentare inglese e che, quindi, diviene vettore della espansione europea del modello inglese (56).

La comparazione Francia-Inghilterra è frequentissima a cavallo della rivoluzione del luglio 1830, e l'anglofilia della cultura francese giunge a definire le giornate rivoluzionarie *trois glorieuses*, sull'esempio della *glorious revolution* inglese del 1688.

Il parallelismo è visto nel fatto che si tratta, in ambedue i casi, di rivoluzioni non rivoluzionarie, che riportano l'ordine e la libertà insieme. Questo il giudizio di Guizot, che si spingerà fino a scrivere che l'analogia tra le due rivoluzioni era tale che la prima non sarebbe stata mai ben compresa se non fosse scoppiata la seconda (57).

Oggetto di particolare interesse per i liberali francesi sono alcuni tratti della Costituzione inglese. Il *primo* è quello del dominio del diritto comune sull'amministrazione. I liberali lamentano che, in Francia, i rapporti tra l'amministrazione e i cittadini siano *de puissance à sujet*, mentre osservano che in Inghilterra essi sono da eguale

---

(54) Sul circolo di Coppet, L. LACCHÈ, *Il circolo di Coppet e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, p. 529. Su tutta la vicenda della critica liberale al *Conseil d'Etat*, simbolo del dispotismo, giudice e parte, F. BURDEAU, *Histoire*, cit., p. 90 ss.

(55) P. LEGENDRE, *Histoire*, cit., p. 76 ss.; S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa - per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, t. I, p. 507.

(56) P. LAUVAUX, *Existe-t-il un modèle constitutionnel européen?*, in *Droits* n. 14, 1991, *L'Europe et le droit*, p. 48 ss.

(57) Questi giudizi di Guizot sono riportati in P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 275; di questo libro si vedano anche le pp. 13-14, 111, 160-161 e 271-284, nonché p. 384, dove un quadro delle contraddizioni di Guizot e del diffuso interesse per l'Inghilterra di storici e politici.

ad eguale. Locré osserva che l'azione dell'amministrazione pubblica potrebbe essere come quella dei privati (58).

Il giurista Charles Eisenmann (59) osserva, alla metà del XX secolo: « *c'etaient des tenants du liberalisme entendu d'une certaine façon, et... leur effort tendait à limiter au maximum l'empire d'un droit spécial sur l'administration, ou si l'on préfère la soustraction de l'administration à l'empire du droit privé* ». E lo storico Maurizio Fioravanti (60) aggiunge, più tardi: « ... l'Ottocento liberale... metteva continuamente in guardia contro ogni « regime speciale »; in fondo, il grande libro del liberalismo europeo rimaneva pur sempre il codice civile ».

Il *secondo* tratto caratteristico del sistema inglese è, agli occhi dei liberali francesi, il *self-government*, contrapposto all'assenza di libertà locali e al dispotismo amministrativo sul continente.

Il *terzo* tratto caratteristico è costituito dal sistema giudiziario inglese, con i giudici di pace, le giurie (*trial by jury*) e un unico ordine di corti, eguale per privati e poteri pubblici, capace di contenere l'arbitrio amministrativo, di affermare la *rule of law* e di riconoscere i diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione.

Il giurista Achille Mestre osserva, nel quarto decennio del XX secolo,: « *le sistème anglais a fait l'admiration des libéraux français, depuis Louis-Philippe jusqu' à l'Assemblée Nationale de 1871; ils demandaient la suppression des tribunaux administratifs, et du principe de juridiction de l'administration, que la Révolution et Bonaparte ont consacré. Les liberaux du XIXe siècle, ceux qui ont fait le régime parlementaire en 1830, comme ceux qui ont fait la République parlementaire en 1875, copiés du régime politique d'Outre-Manche, étaient les adversaires-nés du Conseil d'Etat, de la juridiction administrative, des privilèges de l'administration* » (61).

Infine, i liberali francesi apprezzano le procedure in contraddit-

---

(58) J.C. Locrè, *Quelques vue sur le Conseil d'Etat, considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel*, Paris, Gosselin, 1831, p. 29, cit. in G.J. Guglielmi, *La notion d'administration publique* cit., p. 145.

(59) C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, edité par S. Rials, t. 1, *Le droit applicable à l'administration*, 1925-53, Paris, L.g.d.j., 1982, p. 566.

(60) M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, p. 25.

(61) A. Mestre, *Droit administratif, policopié*, *Les cours de droit*, Paris, 1938-39, p. 26.

torio degli uffici pubblici inglesi, specialmente per l'espropriazione.

Alla luce di questi esempi, i liberali francesi propongono di correggere l'edificio del diritto amministrativo.

L'attenzione dei liberali e dei liberali-moderati per il diritto amministrativo inglese è il séguito naturale per l'interesse per il diritto costituzionale, che porterà, negli anni trenta e negli anni settanta, il parlamentarismo, di cui l'Inghilterra era considerato il principale modello, in Francia.

2.5. *Tocqueville e il diritto amministrativo.*

Il liberale che dedica maggiore attenzione, insieme, al modello anglosassone (62) e al diritto amministrativo è Tocqueville, del quale è necessario seguire più da vicino i giudizi sui due diritti amministrativi, quello del mondo anglosassone (nordamericano e inglese) e quello francese (63). Più avanti, infatti, si noterà quale influenza i suoi scritti abbiano sull'altro lato della Manica.

In una lettera del 10 ottobre 1831 da New York a Blosseville, Tocqueville dichiara di non aver trovato negli Stati Uniti traccia di giudici amministrativi e osserva: « *le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis, ni assez ennemis pour se bien connaître* » (64).

Nella « Democrazia in America », osserva che, a mano a mano che le condizioni si eguagliano, gli individui appaiono più piccoli e la società più grande. Il diritto degli individui lascia il posto al « *droit tout-puissant et... unique de la societé...* » (con quest'espressione Tocqueville si riferisce al diritto amministrativo) (65). Nello stesso libro (66), Tocqueville critica l'art.

---

(62) Anche se, poi, con un pentimento tardivo: « ... quell'Inghilterra che noi avevamo allora così spesso il torto di prendere ad esempio e modello » dirà nel 1848 nel *Discours prononcé à l'Assemblée constituante dans la discussion du projet de constitution (12 septembre 1848) sur la question du droit au travail*, in *Oeuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, Paris, Lévy, 1864-67, IX, p. 536-552.

(63) Più ampiamente, S. CASSESE, *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in *Le Carte e la Storia*, a. III, 1997, n. 2, p. 7 ss.

(64) A. TOCQUEVILLE, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67. Sulla lettera di Tocqueville a Blosseville (e quelle al padre e a Chabrol) per avere notizie del diritto amministrativo francese e le risposte, specialmente quella del padre, L. DIEZ DEL CORAL, *Tocqueville - Formazione intellettuale e ambiente storico*, tr. it. dallo spagnolo, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 115.

(65) A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amerique*, II (1840), V^{e} partie, chapitre II, Paris, Laffont, 1986, p. 629.

75 della Costituzione dell'Anno VIII, che introduce la garanzia dei funzionari, osservando che essa appare agli americani norma incomprensibile, perché, grazie alla garanzia, il Re può ordinare a un prefetto di commettere una illegittimità e ordinare al Consiglio di Stato di impedire di punire il prefetto.

Nel 1835, nel corso del suo secondo viaggio in Inghilterra, Tocqueville è colpito dall'intervento continuo del potere giudiziario nell'amministrazione e dal fatto che tutti gli atti amministrativi rivestono forme giudiziarie o finiscono in processi; nonché dal fatto che il governo non amministra, perché tutti i servizi pubblici sono in mano a piccoli corpi deliberanti istituiti e nominati dal Parlamento e rinnovati per elezione o per successive cooptazioni. Osserva che una delle idee centrali alle quali lo riconducono tutte le sue ricerche sui modi per assicurare la libertà politica è quella di introdurre il potere giudiziario nell'amministrazione (67).

Più tardi, in una serie di articoli del 1845, critica sia la garanzia dei funzionari, sia il dualismo giudiziario. Della prima dice che essa costringe a chiedere all'amministrazione stessa la riparazione di un abuso amministrativo e aggiunge che dal 1827 al 1835 tutti i liberali hanno chiesto l'abrogazione dell'art. 75, perché l'amministrazione potesse diventare responsabile dei suoi atti. Della doppia giurisdizione dice che si tratta di uno stato di cose mostruoso, non essendo il Consiglio di Stato né indipendente, né giudice.

Torna su questi punti l'anno successivo, nel rapporto all'Accademia delle scienze morali sul *Cours* di Macarel, dicendo che la sottrazione dei dipendenti pubblici ai giudici e l'esistenza di due tipi di giustizia costituiscono procedure bizzarre e pericolose, che nessun paese libero e nessun popolo civilizzato può ammettere.

Insiste ancora nel 1852 sull'assenza di tutela giudiziaria, in una conversazione con Nassau William Senior, osservando che in Francia vi sono tre tipi di procedure: quella giudiziaria, con la quale si è portati davanti ad un giudice e, se il delitto è grave, si ha una sentenza a uno o due anni di prigione; quella militare, con la quale si è portati dinanzi a una corte marziale e fucilati; quella amministrativa, che non garantisce nessun giudizio e si conclude con la deportazione in Caienna o in Algeria (68).

Da ultimo, Tocqueville si interessa del rapporto giustizia-amministrazione nell'opera della sua maturità, le cui tesi di fondo sono preannunciate

---

(66) I parte, del 1835.

(67) A. TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, t. V, vol. II, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algerie*, Paris, Gallimard, 1958, p. 68, 70 e 89. Si vedano, peraltro, anche gli appunti del primo viaggio in Inghilterra, ora tradotti in A. TOCQUEVILLE, *Viaggio in Inghilterra del 1833*, a cura di U. Coldagelli, in *Micromega*, 1988, n. 1, p. 89 ss.

(68) *Correspondence and conversations of A. de Tocqueville with Nassau William Senior from 1834 to 1859*, ed. by M.C.M. SIMPON, 2, London, King, 1872, II, p. 19-20.

in una lettera del 10 agosto 1854 a Freslon: nell'Antico Regime i giudici intervengono continuamente nella sfera amministrativa e gli amministratori giudicano. La rivoluzione ha corretto il primo punto, ma ha imitato l'Antico Regime sul secondo: la giustizia amministrativa è *pur Ancien Régime conservé* (69). La tesi sarà svolta nel volume su *L'Ancien Régime et la Révolution*, del 1856, dove Tocqueville scrive che il nuovo regime ha cacciato la giustizia dalla sfera amministrativa, ma non impedisce l'intervento dell'amministrazione nella giustizia (70).

Quell'osservatore d'eccezione che è Tocqueville, con il suo sguardo « mite e chiaro e sempre un poco triste » (71), oltre a fissare alcuni concetti di base per la valutazione comparativa dei diritti amministrativi (accentramento-decentramento; accentramento governativo-decentramento amministrativo; uniformità-difformità amministrativa; amministrazione esecutrice-amministrazione giustiziale), valuta comparativamente i difetti principali del diritto amministrativo francese, di cui critica, in particolare, la garanzia dei funzionari, l'assenza di contraddittorio nel procedimento amministrativo, la doppia giurisdizione.

È importante notare che Tocqueville riporta in Francia una reazione inglese e americana, che doveva aver raccolto nel corso dei suoi viaggi in quei paesi, e che l'aveva reso consapevole di tali difetti. Ma è importante notare che Tocqueville, se è critico degli aspetti

---

(69) Si noti che questo passaggio colpirà, in particolare, A.V. DICEY nel 1885, che lo cita in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, Macmillan, X ed., 1961, p. 357.

(70) Gli scritti di Tocqueville sul diritto amministrativo sono stati, per lo più, trascurati dalla ricca letteratura tocquevilliana: basti vedere S. DRESCHER, *Tocqueville and England*, I, Cambridge, Harvard University Press, 1964, p. 86 ss., F. MIONI, *Tocqueville e la cultura democratica americana del '700*, in *Il Politico*, 1990, n. 2, p. 251 ss. e L. JAUME, *Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848*, in *Revue française de science politique*, 1991, décembre, n. 6, p. 739 ss. Una delle poche eccezioni è A.M. BATTISTA, *Tocqueville. Un tentativo di sintesi*, in *Trimestre*, 1985, n. 3-4, p. 213-214, 219-228, 234 e 238 (il saggio è stato poi raccolto in *Studi su Tocqueville*, Firenze, 1989) nonché L. MANNORI, *Tocqueville critico di Macarel*, in *Quaderni fiorentini*, n. 18 (1989), p. 607. Sulle « sviste », i « malintesi » e il « gioco di specchi » nella comparazione Francia-Inghilterra e in Tocqueville, si vedano le acute osservazioni di S. MANNONI, *Accentramento e liberalismo nel XIX secolo: il declino di un mito storiografico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 28, 1998, p. 481 ss.

(71) Sono parole di C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, tr. it., Milano, Adelphi, 1987, p. 30, che aggiunge: « è un vinto che scrive la storia ».

dispotici del diritto amministrativo e dell'assenza di giustizia nell'amministrazione, ha parole di lode per il diritto amministrativo, che ritiene « *une des formes de l'Etat nouveau du monde* » (72).

2.6. *Bonapartismi, interventismo e* charpente bureaucratique.

Tutto il periodo che va dalla fine del primo Impero al termine del secondo Impero è dominato, in Francia, dalla discussione dei problemi segnalati dai liberali anglofili e da Tocqueville, e, in particolare, di quello del dualismo giurisdizionale (73). Ma, mentre i partigiani dell'unicità della giurisdizione portano ripetuti assalti al dualismo, i sostenitori di quest'ultimo lo giustificano affermando che esso è la garanzia dell'esistenza stessa della amministrazione e della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato.

J. M. Portalis osserva nel 1829: « *si les tribunaux pouvaient connaître du contentieux administratif, l'Administration n'existerait plus.... Le tribunaux administreraient et gouverneraient l'Etat* » (74). A. Chaveau aggiunge nel 1841: « *le fondement indestructible du pouvoir de juger le contentieux administratif par l'Administration même est dans l'indivisibilité de ce pouvoir avec l'Administration dont il est partie integrante* » (75). Un punto di forza dei sostenitori del dualismo è quello dei poteri speciali dell'amministrazione, che comporta un diritto speciale, superiore a quello dei privati: « *devant l'interêt public, tout droit privé s'efface* », osserva T.A. Cotelle nel 1859 (76).

Ha un bell'osservare Vivien, che pure era un liberale-autoritario, che la tutela speciale della burocrazia era in contraddizione con l'inamovibilità dei giudici: « *...singulière contradiction dans les lois*

---

(72) Così nel discorso all'Accademia di scienze morali sul libro di Macarel, cit.; si noti, fin da ora, invece, che A. V. Dicey da queste stesse osservazioni giungerà a condannare l'intero *droit administratif*.

(73) Su questo periodo, F. BURDEAU, *Histoire*, cit., p. 123 ss. secondo il quale l'evoluzione « conduit, de l'octroi au pouvoir administratif d'une large autonomie, à une consécration progressivement plus exigeante du principe de légalité ».

(74) Cit. in C. DUVAL, *Les justifications de la raison d'être et du maintien de la juridiction administrative en France au 19e siècle*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, n. 8, 1996, p. 57.

(75) Cit. in C. DUVAL, *Les justifications*, cit., p. 58.

(76) Cit. in C. DUVAL, *Les justifications*, cit., p. 61.

qui d'une part déclarent des juges inamovibles, en vue...d'assurer leur indépendance à l'égard du pouvoir qui seul pourrait se faire une arme de l'inamovibilité, et qui d'autre part permettent au gouvernment de soustraire à leur juridiction toutes les questions à l'égard des quelles cette garantie assure une protection aux citoyens » (77). Ed inutilmente osserva, più tardi, Boutmy che l'Inghilterra era sfuggita all'errore de « *l'existence et l'activité exagérée d'une justice administrative ou l'Etat figure comme juge et partie* » (78).

Il motivo di fondo di questa stabilità delle istituzioni rivoluzionarie e imperiali sta nella formazione di un concetto di Stato inteso come organismo superiore. Karl Marx osserverà, subito dopo l'inizio del secondo Impero, che Restaurazione e Monarchia di luglio aggiunsero al meccanismo dello Stato sviluppato da Napoleone una più grande divisione del lavoro: « ogni interesse *comune* fu subito staccato dalla società, e contrapposto ad essa come interesse *generale*, più in alto, strappato all'iniziativa individuale dei membri delle società e trasformato in oggetto di attività del governo, a partire dai porti, dagli edifici scolastici e dai beni comunali del più piccolo villaggio, sino alle ferrovie, al patrimonio nazionale e all'Università di Francia ». Questo si aggiungeva alla struttura burocratica, così enfaticamente descritta da Marx: « questo potere esecutivo, con la sua enorme organizzazione burocratica e militare, con il suo meccanismo statale complicato ed artificiale, con un esercito di impiegati di mezzo milione accanto ad un altro esercito di mezzo milione di soldati, questo spaventoso corpo parassitario che avvolge come un involucro il corpo della società francese e ne ostruisce tutti i pori... » (79).

Dunque, alla progressiva ingerenza pubblica nell'economia si aggiunge la « charpente bureaucratique » del bonapartismo che domina il XIX secolo in Francia.

---

(77) A.F.A. Vivien, *Études administratives*, Paris, De Guillaumin, III ed., 1859, p. 28; la prima ed. è del 1845 (della terza edizione è stata pubblicata, dall'editore Cujas, Paris, nel 1974, una ristampa anastatica, con introduzione di P. Legendre).

(78) E. Boutmy, *Études de droit constitutionnel, France-Angleterre-Etats Unis*, II ed., Paris, Plon, 1888, p. 258-259 (la prima ed. è del 1885).

(79) K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, tr. it., Roma, Editori riuniti, 1997, p. 196-197.

2.7. *La terza Repubblica e la liberalizzazione del diritto amministrativo.*

Se da Napoleone I a Napoleone III il quadro di protezione delle libertà rimane difettoso, per il mantenimento di regole sfavorevoli alle libertà, l'incompleta natura della giurisdizione amministrativa e la trasformazione degli impiegati dello Stato in impiegati del governo, tutte scelte volute dai difensori dell'ordine sociale e del regime politico (80), con la terza Repubblica il diritto amministrativo acquisisce caratteristiche liberali.

Ma l'*étatisme* tipico della tradizione francese si conserva nella vastità delle funzioni statali, di cui è indizio importante il numero dei dipendenti, circa duecentocinquantamila alla fine del XIX secolo (81).

Già in precedenza il carattere autoritario e dispotico del diritto amministrativo era stato attenuato nella gestione quotidiana del potere, specialmente da parte del *Conseil d'Etat*, rimasto immutato nei poteri e nella struttura, ma gestito da liberali: si tratta di « *...les traditions de respect du droit privé, de modération et d'equité qui s'affermissent et se développent chaque jour davantage dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* » (82).

E già in precedenza si erano registrati alcuni altri progressi del liberalismo nelle istituzioni. Per citarne solo due, si ricorda l'attribuzione al giudice ordinario, già nel 1810, delle procedure di espropriazione e l'introduzione, nella Costituzione nel 1848, del principio del merito per la selezione dei dipendenti pubblici.

Il primo progetto per generalizzare il sistema di reclutamento dei

---

(80) J.P. MACHELON, *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976.

(81) F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Paris, Montchrestien, 1989, p. 111, secondo il quale prima del censimento del 1896 non vi sono cifre sicure e, più tardi, nel 1914, il numero dei dipendenti pubblici supera i 500mila.

(82) L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 1885, p. VIII. V. WRIGHT, *Le Conseil d'État et les changements de régime: le cas du Second Empire*, in *Revue administrative*, 1998, n. spéciale, p. 13 ss. osserva: « le Conseil d'État du Second Empire, instrument de despotisme impérial aux dires des adversaires, se transforme progressivement en défenseur des citoyens contre le despotisme, et par son évolution indique les limites du régime autoritaire ».

funzionari mediante concorso viene presentato nel 1844. Vi si oppone Guizot, temendo che possa « *affaiblir la responsabilité ministérielle* ». Nessun progetto viene approvato. Ma il dibattito sulla generalizzazione dei concorsi trova un'eco nell'Assemblea costituente e sbocca nell'art. 10 della Costituzione della seconda Repubblica, per cui tutti i cittadini possono essere ammessi a tutti gli impieghi pubblici « *sans autre motif de préférence que leur mérite* » (83). Commenta Tocqueville: il concorso doveva servire a due scopi, « *affaiblir l'aristocratie de la fortune, de la naissance et des relations; en cela nous avons réussi; former les meilleurs fonctionnaires possibles. Là nous avons échoué* » (84).

Ma, con la terza Repubblica, dal 1870, si registrano due cambiamenti importanti, che accolgono le tesi liberali: la soppressione della garanzia dei funzionari e il pieno riconoscimento del *Conseil d'Etat* come organo giudicante. La garanzia viene soppressa nel 1870 (anche se, di fatto, continuerà ad esistere ancora per qualche tempo (85)). Nel 1872, al termine di un dibattito all'*Assemblée nationale* nel quale Léon Gambetta appoggerà la proposta del dualismo giurisdizionale, contro la tesi estrema della sottoposizione della pubblica amministrazione ai giudici ordinari, con l'argomento che essa rappresenta un potere superiore e che i tribunali ordinari le impedirebbero di funzionare, si passa dal regime di *justice rétenue* a quello di *justice déléguée* (cioè il Consiglio di Stato diviene, da organo consultivo, organo giudicante a proprio titolo) e il compito di giudice dei conflitti di attribuzione viene sottratto al *Conseil d'Etat* e conferito al *Tribunal des conflits*, composto di quattro membri della corte amministrativa e di quattro della Corte di Cassazione, sotto la presidenza (in realtà, puramente formale) del ministro di giustizia (86).

Dunque, il *droit administratif*, nato agli inizi del XIX secolo per rafforzare lo Stato repubblicano e, poi, imperiale e per proteggere il potere esecutivo nei confronti degli interventi dei giudici, diviene, alla fine dello stesso secolo, il mezzo per consentire la tutela giudi-

---

(83) Si veda J.-L. MESTRE, *France*, in S. CASSESE e J. PELLEW, *Le système du merit*, Bruxelles, Iisa, 1987, p. 101-104.

(84) *Entretiens de Tocqueville avec Nassau William Senior (1848-1858)*, in E. D'EICHTAL, *A. de Tocqueville et la démocratie libérale*, cit., p. 345-346.

(85) Su questo punto si veda A.V. DICEY, *Introduction*, cit., p. 355 ss. e 363-364.

(86) Sulla riforma del 1872, V. WRIGHT, *La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872*, in *Études et documents du Conseil d'Etat*, n. 25, 1972, p. 21.

ziaria dei cittadini nei confronti del potere esecutivo. Il *Conseil d'Etat*, con un'altrettanto radicale trasformazione, diviene da principale organo dell'esecutivo, giurisdizione indipendente e attento censore del governo e della pubblica amministrazione. Aspetto ancor più singolare, quest'ultimo ruolo è svolto dal *Conseil d'Etat* introducendo, sviluppando e applicando principi generali di diritto, con un'attività, quindi, essenzialmente creativa, che compensa la carenza di norme generali tipica del diritto amministrativo.

2.8. *La cultura giuridica della seconda metà del secolo. Conclusioni.*

Nella seconda metà del secolo la cultura giuridica francese si diffonde e si specializza. Il diritto amministrativo non è insegnato solo a Parigi, ma anche nelle università di provincia. E lo studiano professori che si dedicano quasi interamente ad esso (87).

Ma continua ad esistere la figura più complessa dell'insegnante-studioso-consigliere di Stato: principali le figure di Anselme Polycarpe Batbie, di Jean-Léon Aucoc e di Edouard-Louis-Julien Laferrière. Il primo è anche politico e si dedica, oltre che al diritto amministrativo, all'economia politica. Il secondo e il terzo sono interessati alla politica, ma non vi prendono parte attiva. Tutti e tre pubblicano le loro opere principali negli anni settanta e ottanta.

Gli scritti più importanti sono le *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, fatte da Aucoc all'*École des ponts et chaussées*, raccolte in tre volumi nel 1869 (con edizioni successive, nel 1882 e nel 1885) (88) e il *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, di Laferrière, del 1887-1888 (89). La prima è un'opera diretta ad ingegneri, ma presenta, nella prima parte, gli organi e le attribuzioni dei poteri pubblici. La seconda opera

---

(87) F. BURDEAU, *Histoire*, cit., p. 109-110.

(88) Su Aucoc, F. BLANCPAIN, *Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, p. 733 ss.

(89) Su Laferrière, L. BERTRAND, *Édouard Laferrière*, in C.E., *Études et Documents*, 1956, p. 145 ss. e specialmente P. GONOD, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, L.g.d.j., 1997; si veda anche il profilo di Romieu, allievo e successore di Laferrière, D. COSTA, *Jean Romieu, un artisan de la construction du droit administratif moderne*, in *Révue administrative*, n. 283, 1995, janvier-février, p. 88 ss.

costituisce la prima analisi veramente scientifica e completa del diritto amministrativo (90).

Il diritto amministrativo, opera dei rivoluzionari e di Napoleone, dopo meno di un secolo, è, dunque, influenzato sia dal crescente interventismo statale, sia dal risorgente liberalismo. Prima lentamente, poi in modo accelerato, agli inizi della terza Repubblica, queste diverse componenti penetrano nel corpo del diritto amministrativo, arricchendolo, ma trasformandolo anche in un organismo più contraddittorio. Di queste componenti, la prima è autoctona, nel senso che nasce e si sviluppa in Francia, la seconda, invece, ispirata dal timore del bonapartismo, è fortemente influenzata dal modello di diritto amministrativo inglese, al quale si deve ora passare.

3. *Il diritto amministrativo dell'Inghilterra vittoriana.*

3.1. The nineteenth century revolution in government.

Il XIX secolo iniziava, per l'Inghilterra, con una pesante eredità. Il secolo precedente aveva visto crescere, fino a Waterloo, un *fiscal-military State*, cioè una potente macchina da guerra e un efficiente sistema fiscale. Gli anni iniziali del secolo XIX sono dedicati alla riduzione della spesa pubblica, degli uffici inutili e degli emolumenti irregolari (91).

Due forze, però, agiscono in direzione opposta. La prima è costituita dalla necessità di tenere in vita un potente apparato militare e una rete di controllo politico-amministrativo mondiale, per far fronte alle esigenze di quella che nel 1860 sarà la massima potenza mondiale, al centro del più vasto impero coloniale. La seconda è costituita dagli allargamenti del suffragio (1832, 1867, 1884), che portano al massimo dell'estensione le competenze parlamentari e dànno un rilievo prima sconosciuto all'opinione pubblica. Quest'ultima, a sua volta, si fa portatrice delle condizioni di disagio

---

(90) Studi e insegnamento del diritto amministrativo, nella seconda metà del XIX secolo, sono, però, ancora poco sviluppati: A. MESTRE, *L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919*, in *Bulletin de la société de législation comparé*, 1922, p. 247 ss.

(91) P. HARLING, *The Politics of Administrative Change in Britain, 1780-1850*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, n. 8, 1996, p. 210; J.R. GREENAWAY, *Politicians, Civil Servants and the Liberal State in Britain, 1850-1914*, *ibidem*, p. 217.

prodotte dall'industrializzazione: accentramento della popolazione in grandi città, urbanizzazione precaria e condizioni sanitarie pessime; immigrazione irlandese; condizioni scadenti di vita e di lavoro nelle fabbriche e alle macchine; sfruttamento del lavoro femminile e minorile; altissima mortalità (92).

Questo il quadro che fa da sfondo alla nuova legislazione sull'industria, sulle ferrovie, sui poveri, sull'istruzione, sulle miniere, sul lavoro minorile, sulle prigioni, sulla sanità, sull'edilizia privata, ecc. Si tratta di una legislazione amministrativa tanto abbondante quando disorganica, nella quale si intrecciano liberismo e interventismo.

Lo storico dell'amministrazione Henry Parris ha osservato che « *laissez-faire* e intervento statale furono entrambi caratteristici dei due quarti centrali dell'Ottocento e non è necessario supporre che fossero in contraddizione l'uno con l'altro ». « L'utilitarismo operò ininterrottamente nell'ambiente inglese: sia il *laissez-faire* che l'iniziativa pubblica vennero giustificati in base ai suoi principi... ». « Il problema, allora come oggi, non era scegliere tra iniziativa privata e iniziativa pubblica, ma stabilire *dove* andava tracciato... il confine tra la prima e la seconda » (93).

Questo straordinario sviluppo della legislazione amministrativa attrae l'attenzione di due studiosi di diritto, il tedesco Rudolf von Gneist e l'inglese Albert Venn Dicey, che manifestano, però, opinioni diverse.

Gneist osserva nel 1884 che « nessuno Stato europeo ha portato a compimento, fin dal 1832, una sì svariata riforma amministrativa e giudiziaria e con tante vedute pratiche, tanta energia, tanto successo, quanto l'Inghilterra ». « La particolarità più spiccata del diritto amministrativo inglese è... l'espansione smisurata della legislazione nel dominio dell'amministrazione ... ». « Nel secolo XIX le imperiose esigenze della riforma sociale e della riforma dell'amministrazione, sotto la regina Vittoria, diedero uno sviluppo straordinario alla raccolta

---

(92) La descrizione è stata rifatta più volte dagli storici, ma sarà meglio leggere F. ENGELS, *La situazione della classe operaia in Inghilterra* (1845), tr. it., in K. MARX e F. ENGELS, *Opere*, IV, 1844-45, Roma, Editori Riuniti, 1972.

(93) H. PARRIS, *Constitutional Bureaucracy*, London, Allen and Unwin, 1969, tr. it. con il titolo *Una burocrazia costituzionale*, Milano, Comunità, 1979, p. 375 e 391.

delle leggi, che equivale per estensione alla legislazione di tutti i secoli precedenti » (94).

Gneist indica con apprezzamento anche il consolidamento della legislazione sulle principali materie del diritto amministrativo in un centinaio di ampie leggi, relative ad affari esteri, amministrazione militare, marina di guerra, finanze e poste, ordine pubblico, strade, navigazione marittima, ferrovie, fiumi, caccia e pesca, miniere, pesi e misure, farmacie, istruzione, sanità, ecc. (95).

Dicey, invece, ricostruisce, nel 1905, la vicenda in senso diacronico, leggendovi un progresso in tre fasi, da quella dell'*Old Toryism* (1800-1830) a quella del *Benthamism or Individualism* (1825-1870), a quella del collettivismo (1865-1900) (96), e aggiungendovi un'opinione critica, come era naturale per un *whig*.

Della *XIX Century Revolution in Government* lo storico Oliver MacDonagh ha dato, alla metà del XX secolo, una interpretazione diversa, intendendola come un processo cumulativo così articolato: un problema viene sottoposto all'opinione pubblica, con la richiesta di considerarlo e con una proposta legislativa, che, dopo un conflitto con gli interessi opposti, finisce in un compromesso, che però fissa un principio; poi si accerta che la legge è inefficace e si istituisce un « inspectorate » per l'attuazione; ma l'ispettorato rivela i difetti della legge; di qui la richiesta di più poteri, di un'autorità centrale adeguata e ulteriori proposte legislative; ma l'esperienza ulteriore dimostra che una legislazione occasionale non basta: sono necessari un processo continuo di *regulation* e un'autorità esecutiva dotata di poteri discrezionali tali da poter affrontare i problemi che si pongono. Si tratta, quindi, di un dinamismo interno all'amministrazione, *self-sustaining* e *self-generating*, fondato sul *practical government*, nella pratica amministrativa di ogni giorno, nella quale gli agenti del cambiamento sono gli amministratori minori, i tecnici sul campo, coinvolti in un processo di *learning by experience* (97).

---

(94) R. VON GNEIST, *Prefazione* alla III ed. dell'*Englisches Verwaltungsrecht der Gegenwart* (1884), tr. it. con il titolo *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, con la presentazione di A. Brunialti, Biblioteca Brunialti, Torino, Utet, 1896, p. 58, 123-124.

(95) R. VON GNEIST, *op. cit.*, p. 139.

(96) A.V. DICEY, *Lectures on the relations between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London, Macmillan, 1905 (il volume ha avuto numerose edizioni successive e una recente traduzione italiana: *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1997).

(97) O. MAC DONAGH, *The Nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal*, in *Historical Journal*, 1958, I, p. 56 ss.; una completa rassegna degli scritti

3.2. The avalanche of administrative law*: caratteri del diritto amministrativo inglese.*

Questa ricca legislazione regola anche i rapporti tra privati, ma è, fondamentalmente, una legislazione amministrativa e porta, quindi, con sé *the avalanche of administrative law* (98), per cui può dirsi che l'Inghilterra ha, nel XIX secolo, un sistema complesso, sia pur non organizzato, di diritto amministrativo (99), ampiamente riconosciuto sia da osservatori stranieri contemporanei, come il già ricordato von Gneist (100), sia da studiosi inglesi dell'epoca come Thomas Erskine Holland (101) e Frederic William Maitland (102).

---

suscitati da MacDonagh in R.M. MacLeod, *Statesmen Undisguised*, in *American Historical Review*, 1973, p. 1386 ss.; tra gli scritti successivi, R. N. Boyd, *Coal Mines Inspection: Its History and Results*, London, Allen and Unwin, 1979; P. Bartrip, *Safety at Work: the Factory Inspectorate in the Fencing Controversy, 1833-1857*, Center for socio-legal studies, Oxford, 1979; W.G. Carson, *Early Factory Inspectors and the Viable Class Society - A Rejoinder*, in *International Journal of Sociology of Law*, 1980, VIII, p. 187 ss.; si vedano anche J.H. Goldthorpe, *Le développement de la politique sociale en Angleterre de 1800 à 1914*, in *Sociologie du travail*, V, 1962, p. 105 ss. e N. Chester, *The English Administrative System 1780-1870*, Oxford, Clarendon, 1980.

(98) D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale University Press, 1960, p. 300.

(99) J.F. McEldowney, *Administration and Law in England in the 18th and 19th Centuries*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, n. 18, 1996, p. 19.

(100) Del quale, però, più tardi, J. Redlich, *Local Government in England*, 2 vol., London, Macmillan, 1903, tr. di uno scritto pubblicato in Germania nel 1901 (si veda anche *The History of Local Government in England* (1903), Macmillan, London, 1958), dirà che era stato colpito dal ruolo della società rispetto allo Stato, dalla partecipazione dei cittadini e dal ruolo della Corona. Redlich accetta interamente la tesi di Dicey, affermando che non esiste un diritto dell'amministrazione, diverso da quello generale, in Inghilterra, ma ammette che « special rules of administration-necessary in some forms or another in every civilised country-remained in England an integral part of the general or common law of the land » (II, p. 399).

(101) T. Erskin Holland, nel suo *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1880, p. 107 e p. 279-282, dice che « administrative law... is not a coherent body of doctrine » e lo definisce come « a description of the way the different delegacies of the governing body [of the State] are set in motion »; si noti che Holland è, come Dicey, *fellow* di « *All Souls* » e che Dicey recensisce quest'opera nel *Law Magazine*, 1880, p. 400.

(102) F.W. Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931 (ma si tratta di lezioni tenute nel 1887-1888 e stampate per la prima volta nel 1908), p. 500-501 e 536, osserva « year by year the subordinate government of England is becoming more and more important » e « the line between the

Ma il diritto amministrativo inglese si presenta in modo diverso da quello francese. In *primo* luogo, la struttura amministrativa centrale si identifica con il governo (103) e ruota intorno a pochi ministeri o *departments* (interno, affari esteri, colonie, guerra e marina), alcuni *parliamentary boards* o autorità centrali non ministeriali (commercio, Indie orientali, demani e foreste, lavori pubblici e costruzioni, igiene, poveri, medicine, riscossione delle imposte) e a molte autorità centrali definite da von Gneist « moderne e fluttuanti » (104). Quest'ultima è la categoria più ricca ed interessante, composta di uffici parzialmente autonomi dai ministri, ma i cui componenti sono nominati dal governo e che solo alla fine del secolo — come si dirà più avanti — passeranno sotto il controllo di un ministro politicamente responsabile della loro attività in Parlamento.

Tra gli *inspectorates* e le *commissions* i più importanti sono quelli per l'industria (1833), per il commercio (1835), per le ferrovie (1840), per l'istruzione (1840), per le miniere (1842), per la sanità (1848), per la marina mercantile (1848), per la sicurezza delle navi (1854), per la polizia (1856), per il gas (1859), per gli alkali (1863), per gli esplosivi (1875), per il controllo degli edifici (1875), per le piante e i semi (1877), per la sicurezza degli impianti elettrici (1882), per gli approvvigionamenti alimentari sulle navi (1892).

Il *secondo* tratto caratteristico del diritto amministrativo inglese dell'epoca vittoriana è quello rilevato da Tocqueville: alla centralizzazione governativa non corrisponde una centralizzazione amministrativa. E questo perché « in Inghilterra non hanno mai messo radici stabili autorità provinciali » (105), ma gli uffici sono gestiti secondo il modello del *self-government*, che è « un sistema d'amministrazione dello Stato per mezzo delle associazioni comunali » (106), consistendo — secondo l'espressione restrittiva di von Gneist — in una « delegazione dello Stato » (107).

---

constitutional and the administrative departments is one which it is very hard to draw »; si veda anche p. 535, per l'uso del termine « administrative law ».

(103) Mentre, paradossalmente, in Francia proprio la tradizione di esecutivi bonapartisti spingeva a distinguere la pubblica amministrazione e lo Stato dal governo.

(104) R. VON GNEIST, *op. cit.*, p. 212 ss.

(105) R. VON GNEIST, *op. cit.*, p. 221.

(106) R. VON GNEIST, *op. cit.*, p. 264.

(107) R. VON GNEIST, *op. loc. cit.*; sulla valorizzazione operata da von Gneist del

Il *self-government* è formula riassuntiva di un modello complesso, composto di almeno tre componenti. La prima consiste nel possesso di tutti gli uffici locali da parte della *gentry*, costituita da piccola nobiltà e redditieri urbani che ricoprono le cariche gratuitamente (108). La seconda consiste nei *justices of peace*, organi che sommano funzioni giudiziarie minori e funzioni amministrative (emanano autorizzazioni commerciali, controllano le condizioni di lavoro, ecc.). La terza consiste nelle funzioni e nei servizi pubblici locali, che si ampliano le prime a partire dal 1829 (formazione della polizia a livello locale), i secondi a partire dal 1843 (nei settori dell'acqua, del gas, del trasporto, dell'istruzione, dell'edilizia, della sanità, ecc.).

Delle tre componenti, quelle che colpirono principalmente gli osservatori continentali furono l'unione di amministrazione e giustizia e il carattere volontario delle cariche. Rudolf von Gneist (109) osserva, infatti: « nel continente l'amministrazione affidata ad impiegati di carriera rendeva necessaria la separazione della giustizia dall'amministrazione stessa, mentre nell'ufficio onorario dei giudici di pace non esisteva alcuna ragione per sciogliere il nesso primitivo tra l'ufficio dei giudici penali e l'amministrazione di polizia ».

Sul finire del secolo, le cose cambiano. Attilio Brunialti (110) osserva: « ... mentre noi stavamo ammirando l'autogoverno inglese, la partecipazione attiva delle classi dirigenti al governo e all'amministrazione... l'Inghilterra riformava i suoi ordinamenti, toglieva alla costituzione e all'amministrazione i fondamenti antichissimi e l'espressione aristocratica, cedeva alla democrazia imperante, si accostava alle istituzioni del continente, con nuovo accentramento dei poteri, con semplificazioni ed equiparazioni continue, con la vasta sostituzione di funzionari retribuiti agli onorari, col conseguente ingente aumento delle pubbliche spese » (111).

Quindi delle tre componenti del *self-government* la prima è declinante a favore della terza, per cui il processo di centralizzazione del potere di decisione inizia fin dal XIX secolo (112).

---

self-government, che rende questo neologismo familiare anche in Inghilterra, M. STOLLEIS, *Autogoverno: una indagine semantica*, in R. GHERARDI e G. GOZZI (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 254.

(108) È un profilo messo in luce da M. WEBER, *La politica come professione* (1919), tr. it., Milano, Anabasi, 1994, p. 37.

(109) R. VON GNEIST, *op. cit.*, p. 263.

(110) A. BRUNIALTI, in *Presentazione* a R. von Gneist, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, in Biblioteca Brunialti, Torino, Utet, 1896, p. 6-7.

(111) Sui rapporti centro-periferia in questa fase, C. BELLAMY, *Administering central-local relations, 1871-1919. The Local Government Board in its fiscal and cultural context*, Manchester, Manchester University Press, 1988.

(112) Su questi profili F. RUGGE (a cura di), *I regimi delle città: il governo*

All'ampliamento dei compiti e dell'organizzazione amministrativi corrisponde — e questo è il *terzo* tratto caratteristico del diritto amministrativo inglese dell'età vittoriana — un aumento del numero dei dipendenti pubblici, che passano da circa sedicimila sulla fine del XVIII secolo a ventimila nella prima metà e a circa centomila nella seconda metà del secolo successivo (113).

Per i dipendenti pubblici, alla metà del secolo (1854-1855), il rapporto di S. H. Northcote e C.E. Trevelyan propone l'istituzione di « *an efficient body of permanent officers, occupying a position duly subordinate to that of Ministers... yet possessing sufficient independence, character, ability and experience to be able to advise, assist and, to some extent, influence those who are from time to time set over them* » (114). Questo rapporto, che fu poi attuato lentamente, introduce un modello razionale di amministrazione. Esso sostituisce i dipendenti nominati in base al *political patronage* con *civil servants* scelti attraverso « *open competitive examination, administered by an independent commission* ». Sostituisce la proprietà privata dell'ufficio con l'affermazione del pubblico interesse (*public trust*). Introduce, al posto degli emolumenti irregolari, un salario. Alla promozione mediante anzianità sostituisce quella sulla base del merito. Infine, introduce una maggiore unità tra i ministeri centrali e la possibilità dei titolari dei livelli superiori di passare, per promozione, da un ministero ad un altro (115).

In *quarto* luogo, al diritto amministrativo inglese dell'epoca vittoriana non sono sconosciuti poteri speciali. Da un lato, vi è il potere originario della Corona, definito *prerogative* (116), al quale è legato il principio della immunità della Corona (*the King can do no*

---

municipale in Europa tra '800 e '900, Milano, Franco Angeli, 1992; di F. Rugge si veda anche *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milano, Giuffrè, 1989.

(113) R. von Gneist, *op. cit.,* p. 227; J.F. McEldowney, *Administration*, cit., p. 26 e 30 e P. Harling, *The Politics*, cit., p. 196.

(114) S.H. Northcote e C.E. Trevelyan, *Report on the Organisation of the Permanent Civil Service*, Parliamentary Papers, 1854-1855, c. 1713, ripubblicato in *Public Administration*, 1954, p. 1.

(115) P. Harling, *The Politics*, cit., p. 197 ss. e J.R. Greenaway, *Politicians*, cit., p. 215.

(116) Su cui J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 159-160; la lista dei poteri inclusi nella « *prerogative* » non era, però, lunga e rimaneva quella stabilita agli inizi del XVII secolo

wrong). Dall'altro, vi è un diritto diverso dall'*ordinary law* (117), prodotto da leggi approvate dal Parlamento, che consente all'amministrazione di guidare, verificare, orientare, stimolare, correggere, ma anche di espropriare, costruire coattivamente nella proprietà di privati, di obbligare a fare (ad esempio, a pavimentare le strade), raccogliere in forma coattiva imposte, ecc. e cioè di ricorrere alla forza per contrastare privati.

Allo straordinario sviluppo dell'amministrazione e del diritto amministrativo dell'Inghilterra vittoriana fa riscontro — e questo è il *quinto* tratto caratteristico del diritto amministrativo inglese dell'età vittoriana — una certa rudimentalità della tutela giurisdizionale. Questa non è affidata a corti *ad hoc*, specializzate, anche se non si può dire che vi siano le sole *ordinary courts* (118). La giustizia amministrativa, in prima istanza, è affidata ai già menzionati *justices of peace*, dinanzi ai quali si svolge una procedura in contraddittorio. Il giudizio di appello è rimesso alle *General and Quarter Sessions*. L'istanza suprema è costituita dalle corti ordinarie, che dispongono di *prerogative writs*, quali il *writ of certiorari*, il *writ of mandamus*, il *writ of prohibition* (il primo serve a ottenere la revisione di un atto e, quindi, a impedire decisioni illegittime, il secondo per ottenere comportamenti positivi dalle pubbliche amministrazioni, il terzo a sospendere un atto *ultra vires* e, quindi, ad impedire l'usurpazione di poteri (119)). Ma i *prerogative writs*, prima utilizzabili nei soli confronti di corpi giudiziari, sono estesi solo dal 1832 ai corpi amministrativi; non sono automatici, perché la procedura dipende dalla discrezione della corte; in molti casi sono difficili da ottenere; spesso non riescono ad assicurare una difesa in casi di responsabilità e in casi di esercizio di potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione.

La debolezza principale della giustizia amministrativa dipende, però, dall'immunità della Corona e dalla *privative clause*. La prima — come notato — preclude l'azione di responsabilità rispetto alla

---

(117) Su questo, in particolare, H.W. ARTHURS, *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century Legislation*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

(118) H.W. ARTHURS, *Without the law*, op. loc. cit.

(119) Sulla giustizia amministrativa inglese, R. VON GNEIST, *op. cit.*, p. 390 ss.

Corona e costringe a proporla nei confronti dei singoli funzionari, i cui patrimoni personali, però, assicurano risarcimenti limitati. La seconda preclude l'intervento dei giudici, escludendo dall'impugnativa determinati atti.

Il principio dell'immunità della Corona è, peraltro, temperato nel corso del XIX secolo, ma specialmente in quello successivo, in due modi: limitando gli uffici compresi nella Corona e diffondendo la pratica del pagamento dei danni, sia pur in via discrezionale, da parte della Corona.

3.3. *L'insufficienza della scienza giuridica e la reazione di Dicey.*

Amministrazione centrale sviluppata (sia pure con apparati autonomi dai ministri), forte vitalità del *local government*, ampio e ben ordinato *civil service*, diritti e poteri speciali, ma un sistema debole di giustizia amministrativa. Già quest'ultimo tratto costituisce un fattore di debolezza per il diritto amministrativo inglese, facendo esso mancare l'opera ordinatrice dei giudici. Ma, quel che è peggio, a questa lacuna si aggiunge un'altra lacuna, quella dell'opera razionalizzatrice della cultura giuridica e sopravviene un vero e proprio sbarramento, eretto dal professore oxoniense Albert Venn Dicey (1835-1922).

L'insufficienza della dottrina giuridica è notata già da un contemporaneo tedesco, Rudolf von Gneist, che osserva: « le leggi amministrative trovavansi in uno stato quasi caotico » in quanto « non si aveva una connessione sistematica del diritto amministrativo ». E ciò perché i giuristi inglesi hanno un « metodo che non permetteva né un'esposizione sistematica, né uno sguardo retrospettivo sulla storia del diritto », come in Germania (120). Ed è singolare che le ricostruzioni più complete, anche se di dimensioni diverse, del diritto amministrativo inglese della seconda metà del secolo XIX si debbano alla penna di due stranieri, tedesco l'uno (121), francese l'altro (122). Ambedue questi studiosi stranieri dipingono un diritto

(120) R. von Gneist, *op. cit.*, p. 57-58. È interessante notare che, nel 1846, una *Royal Commission on Legal Education* raccomanda lo studio del diritto amministrativo (B. Abel-Smith-R. Stevens, *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, London, Heinemann, 1967, p. 69).

(121) R. von Gneist, *Englisches Verwaltungsrecht der Gegenwart*, op. loc. cit.

(122) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours conten-*

amministrativo inglese ben sviluppato, anche se caotico, tendente verso un *régime administratif moyen* (123).

Su questa situazione si innesta l'opera del Dicey che, nel 1885, volge quelli che erano vizi del diritto amministrativo inglese in virtù, quelli che erano difetti in meriti e sostiene con dovizia di argomenti che il *droit administratif* è sconosciuto in Inghilterra e rappresenta uno stadio primitivo di evoluzione di un ordinamento moderno. L'opera di Dicey (124), per la sua diffusione e influenza, bloccherà per almeno mezzo secolo lo sviluppo della riflessione scientifica inglese sul diritto amministrativo, nonché dello stesso diritto amministrativo.

Di Dicey sono importanti due aspetti: la critica del diritto amministrativo francese e l'esposizione del diritto al quale è sottoposta l'amministrazione pubblica inglese.

Dicey prende come bersaglio due caratteri del diritto amministrativo francese: l'attribuzione ai funzionari di privilegi e prerogative che i privati non hanno, motivati dal fatto che essi sono portatori di interessi generali; la sottoposizione della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti a giudici diversi da quelli ordinari. A queste due caratteristiche collega la sottoposizione della pubblica amministrazione e dei suoi funzionari a norme speciali; l'esclusione delle questioni di diritto amministrativo dalla giurisdizione dei giudici ordinari e la loro sottoposizione al *Conseil d'Etat*; l'attribuzione dei regolamenti di giurisdizione a un organo a metà amministrativo a metà giudiziario; l'irresponsabilità dei funzionari, soppressa nel 1870, ma rimasta, nei fatti, ancora in vita (125).

Il diritto amministrativo francese, pur avendo alcuni meriti innegabili rispetto al sistema inglese, quali quello di consentire di chiedere l'annullamento di un atto amministrativo e quello di per-

---

tieux, Paris, Berger Levrault, 2 tomes, I ed. 1887, II ed., 1896 (ristampa della I ed. Paris, L.g.d.j., 1989).

(123) E questo spiega in parte la circostanza che l'*administrative law* rimanga per lungo tempo come una somma di deroghe all'*ordinary law*, mentre il *droit administratif* viene presto riconosciuto come un sistema giuridico autonomo.

(124) A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, op. loc. cit.

(125) Sullo svolgimento della riflessione di Dicey, S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 18 (1990), p. 8-9.

mettere il risarcimento del danno da parte della pubblica amministrazione, rappresenta, tuttavia, per Dicey uno stadio primitivo di sviluppo corrispondente a quello inglese dei secoli XVI-XVII, dominati dalla *Star Chamber*, soppressa nel 1641, in cui erano commiste funzioni amministrative e giudiziarie.

È degno di nota il fatto che Dicey aveva pubblicato nel 1860 un libro su *The Privy Council* (126) nel quale sostiene che il *Privy Council* era l'equivalente, abortito, del *Conseil d'Etat* francese e ricostruisce gli sforzi del Parlamento e delle corti per limitare i poteri reali.

Al sistema inglese, che non conosce il *droit administratif*, sono estranee l'idea che i rapporti tra Stato e privati siano retti da principi diversi da quelli che regolano i rapporti tra privati e quella che l'applicazione di questi principi non rientri tra i compiti dei giudici ordinari.

La Costituzione inglese si regge, per Dicey, su tre pilastri. Il primo è quello della *legislative sovereignty of Parliament*, per cui il Parlamento è onnipotente e Corona e giudici sono ad esso subordinati, a differenza dalla Francia, dove l'esecutivo si sottrae in parte al Parlamento. Il secondo pilastro è la *rule of law*, intesa come predominio del diritto rispetto al potere discrezionale dell'esecutivo, come eguale sottoposizione di ogni persona ai giudici ordinari, come formazione giudiziaria delle norme dirette a proteggere gli individui, ancora una volta a differenza dalla Francia, dove il *droit administratif* riconosce ampia discrezionalità e poteri speciali agli uffici pubblici. Il terzo pilastro è costituito dalle convenzioni costituzionali, dirette a limitare le prerogative dell'esecutivo.

In Inghilterra, dunque, esiste un solo diritto, l'*ordinary law of the land*, al quale tutti i soggetti sono sottoposti, indipendentemente dalla loro natura privata o pubblica, e un solo giudice, che applica l'unico diritto a tutti, privati e pubblici.

Per comprendere Dicey, bisogna tenere conto di diversi fattori. Il *primo* è costituito dall'influenza che su di lui esercitano gli scritti dei liberali francesi della prima metà del secolo, e specialmente Tocqueville: questi, infatti, sono il tramite tra Dicey e il *droit*

(126) London Whittaker; London, Macmillan, II ed. 1887.

administratif francese (127). Solo che, da un lato, Tocqueville scrive nella prima metà del secolo, Dicey nel 1885, quando ciò per cui Tocqueville si era battuto era stato in larga misura realizzato. Dall'altro, Tocqueville critica solo la parte autoritaria del diritto amministrativo, che apprezza, invece, nel suo complesso, mentre Dicey critica il *droit administratif* francese *tout court*. È vero, dunque, che qui il modello straniero funziona come « *straw men in order to justify his defence of the English common lawyers* » (128).

Il *secondo* fattore di cui tener conto è culturale. L'opera di Dicey sulla Costituzione va considerata come parte di un movimento generale del XIX secolo, verso l'analisi scientifica del diritto fondata sul positivismo e un nuovo tipo di *legal education* (129). In questo senso, Dicey porta alla massima estensione l'impostazione privatistica, ma a costo di isolare pochi principi. Egli fa parte, insomma, di quella grande corrente europea, alla quale appartiene, per l'Italia, Vittorio Emanuele Orlando, che si dedica a liberare il diritto di elementi storici, politici, sociologici, ma, così facendo, finisce per rimanere prigioniero di una concezione astorica del diritto.

Il *terzo* fattore è, invece, politico. L'*entêtement* di Dicey (130) si spiega con la circostanza che egli è dominato dagli *immediate political developments* (131). Come conservatore, Dicey è un partigiano delle tesi unitarie, contro l'*home rule* irlandese, considerata come l'inizio del crollo dell'impero, a favore della conservazione dei poteri al centro, nel Parlamento, preoccupato del montante *collectivism* (132).

---

(127) J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 158; A.V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 392-393, dove cita Tocqueville.

(128) R.C.J. Cocks, *Sir Henry Maine - a Study in Victorian Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 69.

(129) M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 47 ss. e 140 ss.

(130) Su cui J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 157.

(131) Così R.C.J. Cocks, *Sir Henry Maine*, cit., p. 131 e 140; si vedano anche p. 146 ss.

(132) La letteratura su Dicey è ormai vastissima e la si può trovare citata in S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, cit. A questo si aggiungano S. Flogaitis, *Administrative law et droit administratif*, Paris, L.g.d.j., 1986, p. 33 ss.; N. Lewis, *If You See Dicey Will You Tell Him? Regulatory Problems in British Constitutional Law*, in *Political Quarterly*, 1988, January-March, p. 6 ss.; P.P. Craig, *Bentham, Public*

4. *Tra Francia e Inghilterra. La ricezione di Dicey in Francia e la formazione dei due tipi ideali; la contemporanea trasformazione del diritto amministrativo inglese.*

4.1. *Hauriou.*

Nel 1902, l'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution* di Dicey viene tradotta in francese (133). Nel presentarla, Ribot rileva che in Francia si è fatto un grande sforzo per trasformare il *Conseil d'Etat* in giudice e limitare l'arbitrio dell'amministrazione; riconosce la superiorità del diritto inglese, pur osservando che il principio della responsabilità personale dei funzionari rende pressoché inapplicabili alcune leggi. Sul capitolo dedicato al *droit administratif*, Gaston Jèze fa più ampie riserve: « *un juresconsulte français trouvera dans ce chapitre un exposé qui n'est pas toujours conforme au droit en vigueur aujourd'hui. L'auteur a beaucoup exagéré l'irresponsabilité des fonctionnaires ainsi que l'incompétence des tribunaux judiciaires en matière de procès intéressant l'Etat...* » (134).

La storia si sarebbe potuta fermare qui, se non fosse intervenuto il preside della facoltà giuridica di Tolosa, Maurice Hauriou (1856-1929), che, invece di esaminare criticamente Dicey, lo prende sul serio e gli si oppone (135).

Law and Democracy, in *Public Law*, 1989, autumn, p. 407 ss. e, dello stesso autore, *Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law*, in *Law Quarterly Review*, n. 106, 1990, p. 105 ss.

(133) A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, tr. di A. Batut e G. Jèze, *préface* de A. Ribot, Paris, Giard et Brière, 1902, nella collana diretta da M. Boucard e G. Jèze.

(134) Si veda anche, di G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif-La technique du droit public français*, IIIe ed., Paris, Giard, 1925, p. 1-2, n. 1, dove scrive: « sur la foi de Tocqueville, le prof. Dicey a longtemps cru que « droit administratif » signifiait arbitraire administratif; et, dès lors, il opposait complaisamment « l'arbitraire », le « droit administratif français », au règne de la loi (rule of law) en vigueur en Angleterre ».

(135) Su Hauriou, L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, L.g.d.j., 1966; Y. TANGUY, *L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou - actualité d'une doctrine*, in *Revue du droit public*, 1991, p. 61 ss.; S. BLEICH, *Der Einfluss von Maurice Hauriou auf die französische Rechtstheorie und Jurisprudenz*, in *Verwaltungs-Archiv*, 1998, n. 1, p. 1 ss., oltre, naturalmente, a F. BURDEAU, *Histoire*, cit., p.331 ss.

Hauriou, in verità, scrive già nel 1897 che i progressi del diritto amministrativo francese sono dovuti al carattere pretorio della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*. E aggiunge: « *il est d'abord des pays nombreux qui n'ont pas de juridiction administrative à compétence large, parce que les réclamations sont portées devant la juridiction ordinaire, qui ne possèdent que de tribunaux spéciaux sans importance au point de vue du développement général du droit administratif. Il peut certes y avoir dans ces pays des garanties pour les citoyens et même un droit administratif, mais il n'y a pas... cette cause puissante de développement d'un droit administratif original qui réside dans l'institution d'une forte juridiction administrative. Sont dans cette situation, les Etats Unis d'Amerique et l'Angleterre, malgré un commencement d'organization des tribunaux administratives* ».

Poi continua osservando che « *la juridiction administrative est plus apte à développer le droit administratif que la juridiction ordinaire et, par conséquent, il n'est pas étonnant que la juridiction administrative française ait developpé le droit administratif français* ». I giudici ordinari non si avventurano nel campo del potere pubblico per limiti formali o per autolimitazione (136).

Ma più tardi, nel 1914 (137), Hauriou sviluppa, in opposizione a Dicey, la nozione di *régime administratif*. Egli sostiene che in tanto esiste un diritto amministrativo in quanto vi sia un *régime administratif*. Tale *régime* è caratterizzato da: legislazione amministrativa, sottoposizione dei dipendenti pubblici a norme di diritto speciale e garanzia amministrativa dei funzionari, esecutorietà delle decisioni amministrative, limitazione dell'autorità giudiziaria, che non può ingiungere all'amministrazione di compiere un'attività.

Hauriou afferma che « *il faut opposer le régime administratif au*

---

(136) M. HAURIOU, *Étude sur le droit administratif français*, Paris, Dupont, 1897, p. 13-14; in questo scritto è incluso il precedente *De la formation du droit administratif depuis l'an VIII*, Paris, Berger-Levrault, 1893; l'*Étude* è, in realtà, un estratto della voce *Droit administratif* del *Repertoire du droit administratif*, diretto da Laferrière, t. 14, I fasc.

(137) M. HAURIOU, nella VIII ed. del *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1914, p. 227, su cui S. CASSESE, *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, giugno 1995, p. 123; si veda anche, di M. HAURIOU, il *Précis de droit constitutionnel*, II ed., Paris, Sirey, 1929 (I ed. 1923), p. 224 ss. su *le règne de la loi*.

régime judiciaire » (138). In Inghilterra, un sistema debolmente centralizzato, esiste un solo tipo di diritto e i dipendenti pubblici sono sottoposti ad esso e controllati dal giudice ordinario, senza garanzie particolari. In Francia, l'iniziale immunità dei dipendenti pubblici ha canalizzato il diritto amministrativo verso l'atto e ha spinto verso il riconoscimento della responsabilità dello Stato. Il diritto francese — continua Hauriou — va più lontano di quello inglese. Nel primo, quando non si ha successo nell'azione di responsabilità nei confronti dei dipendenti pubblici, riesce quella contro l'amministrazione. Nel secondo, la responsabilità dei dipendenti non è una garanzia sufficiente, perché lascia senza sanzione l'*éxcès de pouvoir* e la *faute de service* (139).

La nozione di *régime administratif* è legata, in Hauriou, alla concezione della pubblica amministrazione come corpo dotato di poteri e prerogative esorbitanti dal diritto comune, che assicurano la cura dell'interesse generale, minacciato dalle ingerenze della società, ma mettono, nello stesso tempo, in pericolo la libertà. Hauriou mette in primo piano la *puissance publique*: anche nella gestione dei servizi pubblici e nei rapporti contrattuali questa ha un posto centrale, perché la pubblica amministrazione può far ricorso a diritti che esorbitano dal diritto comune. Coerentemente, il professore di Tolosa ritiene che la proprietà, la responsabilità, l'impiego, se riguardano la pubblica amministrazione, si presentano in modo diverso, tanto da non poterle assimilare alla proprietà, alla responsabilità, all'impiego privati.

Anche grazie alla contrapposizione tra *régime administratif* e *régime judiciaire*, le idee di Dicey continueranno ad essere accolte, Dicey verrà considerato *un des plus grands professeurs de l'Angleterre* (140) e la sua opera sulla costituzione inglese *livre célèbre* (141).

---

(138) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, cit., p. 34 nota (1).

(139) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, XI^e^ éd., Paris, Sirey, 1927, 3-4 e 35 ss.

(140) H. Chardon, *Le pouvoir administratif*, Paris, Perrin, 1911, p. 8-9.

(141) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, II ed. 1921-1925 e III ed. 1927-1928, vol. I, p. 488; secondo W. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevens, 1944, p. 160-161, Duguit aderì al punto di vista di Dicey sul diritto amministrativo, nel senso di sfiducia nella arbitrarietà del potere nascosta sotto lo statuto speciale del diritto pubblico.

4.2. *I due tipi ideali: come e perché si formano.*

Hauriou, dunque, avendo letto male Dicey (142), riassume nella formula del *régime administratif* l'essenza del diritto amministrativo francese. Se fino ad Hauriou vi sono un *régime des cultes*, un *régime des eaux*, un *régime forestier*, da Hauriou vi sarà un più generale *régime administratif* che riassume le caratteristiche speciali del diritto amministrativo.

È bene, ora, soffermarsi sulla formazione ideale dei due tipi, quello di un'amministrazione retta da un diritto speciale, il diritto amministrativo, e quello di un'amministrazione che opera secondo il diritto comune od ordinario, tipi che si consolidano nella contrapposizione.

La contrapposizione che nasce dal conflitto Dicey-Hauriou è falsa per diversi motivi. In *primo* luogo, perché identifica il diritto amministrativo con il diritto pubblico e il diritto comune con quello privato. Se la prima identificazione è in parte errata, la seconda lo è interamente. Infatti, ciò che viene definito *common law* è un diritto che comprende molte norme di diritto pubblico (143).

In *secondo* luogo, la contrapposizione è falsa perché fondata sul duplice errore di Dicey, quello di sottovalutare il « corpus » di diritto amministrativo già esistente alla sua epoca in Inghilterra e quello di sopravvalutare, invece, le particolarità del diritto francese (in particolare, garanzia dei funzionari e assenza di un giudice dell'amministrazione), che erano superate o stavano per esserlo.

Infine, la contrapposizione è falsa perché fondata sull'errore commesso da Hauriou, di prendere per oro colato le affermazioni di Dicey e di contrapporvisi, vantando, anche per motivi nazionalistici, i meriti del *droit administratif*.

Ma l'analisi compiuta finora consente di comprendere storicamente perché si siano potuti formare e consolidare questi errori. Si segua il percorso compiuto.

All'origine, ci sono le « due vie dello Stato moderno in Occidente », e cioè il percorso parallelo di Inghilterra e Francia. Il

---

(142) J. Rivero, *op. cit.*, p. 150.

(143) È un'osservazione fatta da M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 193, 196 e 201 e da F.H. Lawson, *Dicey rivisited I*, in *Political Studies*, VII, 1959, p. 211.

parallelismo, però, non vuol dire eguaglianza. Le differenze principali stanno nella incruenta *glorious revolution* del 1688, seguita, un secolo più tardi, dalla Rivoluzione in Francia. La prima consolida il Parlamento, la seconda ha un esito diverso, consolida l'esecutivo.

Scontenti della piega presa dalla storia nel loro paese, gli intellettuali francesi, dalla prima metà del XIX secolo, terminato il primo Impero, prendono ad esempio le più tolleranti istituzioni inglesi, di cui li colpiscono, in particolare, alcuni tratti: il *self-government* e, quindi, l'assenza di uffici centrali esecutivi; la responsabilità personale dei funzionari dinanzi ai giudici; lo svolgimento in contraddittorio di molte funzioni amministrative. Come accade quando la comparazione è svolta per motivi pratici, a fini di proposta, gli intellettuali-politici liberali francesi non considerano altri aspetti dell'ordinamento inglese, quali lo sviluppo di organismi centrali *executant*; l'immunità della Corona e i difetti che da questa discendono per il risarcimento dei danni ai cittadini; la difficoltà di bloccare, in Inghilterra, con l'annullamento, l'azione amministrativa; le imperfezioni del sistema dei *justices of peace*. Inoltre, le critiche che gli intellettuali-politici liberali rivolgono all'edificio costruito dalla rivoluzione e da Napoleone sui resti dell'Antico Regime, sono, in larga misura, il riflesso di critiche dei liberali inglesi (e americani) al carattere autoritario o addirittura dispotico dell'ordinamento francese (tant'è vero che, invece di cesarismo, si parla ormai di bonapartismo).

Un altro studioso-politico, questa volta dall'altra parte della Manica, particolarmente attento, in particolare, all'opera di Tocqueville, ne decontestualizza il pensiero, isolandone il contributo critico e prescegliendo, come caratteri dell'ordinamento inglese, quelli evocati da Tocqueville e dai liberali francesi per contrapporre il modello inglese a quello francese.

Dicey commette, così, tre errori. In *primo* luogo, fa diventare elementi caratterizzanti l'ordinamento inglese quelli indicati, a scopi di polemica e proposta, dai liberali francesi, tralasciando o trascurando altri elementi, come la grande massa di leggi amministrative, le nuove competenze dello Stato centrale, lo sviluppo dei poteri locali, l'insufficienza delle corti ordinarie nel controllare l'amministrazione pubblica, ecc. Il diritto dell'amministrazione inglese, sarà costruito, quindi, su basi limitate, prescelte senza criteri scientifici,

guardando — per adoperare una metafora — ciò che occhi di altri avevano individuato, ma per scopi diversi.

In *secondo* luogo, Dicey considera ancora esistenti gli istituti che erano stati oggetto della critica e delle proposte dei liberali francesi e che, proprio grazie all'azione di questi ultimi, erano, nel frattempo, cambiati o erano in via di cambiamento. Dunque, l'analisi di Dicey è scarsamente aggiornata (144).

Peraltro, le opinioni di Dicey si ponevano in una relazione di continuità con la tradizione inglese (risalente a Coke e a Blackstone) per cui la *common law* costituiva la protezione delle libertà contro il potere discrezionale della Corona (145).

In *terzo* luogo, Dicey, come, in generale, i giuristi della sua generazione, dà scarso rilievo alle leggi adottate dal Parlamento, che non erano l'oggetto principale del suo studio.

La disattenzione per le leggi adottate dal Parlamento è segnalata da due giuristi-dipendenti pubblici, nel XX secolo. Il primo, Courtenay Ilbert (146), osserva che le leggi erano « *outside the ordinary reading and practice of the barrister* ». Cecil Carr (147) osserva, a sua volta: « *such laws were not lawyer's laws: lawyers did not study them* ».

Di conseguenza, Dicey finisce per presentare un resoconto distorto della realtà inglese del suo tempo, ignorando che la maggioranza parlamentare era controllata dall'esecutivo, che il Parlamento aveva già conferito ampi poteri all'esecutivo (cosiddetta *delegated legislation*) e che si erano già sviluppati *administrative tribunals* (e cioè una forma di giustizia nell'ammininistrazione, che costituiva un surrogato parziale della giustizia sull'amministrazione); confondendo *prerogative* e potere discrezionale; non considerando che, per proporre un'azione di responsabilità personale nei confronti del dipendente pubblico, il cittadino avrebbe dovuto prima

(144) Si noti che egli sarà, poi, avvertito di ciò e, in edizioni successive della sua opera e in successivi scritti, giungerà a riconoscere che il diritto amministrativo francese non era quel ricettacolo di tutti gli arbitri che aveva dipinto in precedenza.

(145) Debbo questa osservazione a J. Bell.

(146) C. Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, Oxford, Oxford University Press, 1901, p. 210.

(147) C. Carr, *Concerning English Administrative Law*, London, Oxford University Press, 1941, p. 21.

poterlo identificare (cosa non sempre agevole); non ricordando che ai dipendenti pubblici, poi, non era offerta alcuna tutela, potendo essere dismessi dal governo *at its pleasure*.

Infine, come Tocqueville venne decontestualizzato da Dicey, che non capì lo scopo di critica e proposta delle sue analisi e ignorò il suo apprezzamento per il diritto amministrativo, così Dicey non fu inteso criticamente sul continente (anche per il fatto che l'opera fu tradotta nell'edizione originaria, non in quelle successive, nelle quali andò lentamente attenuando le sue posizioni). In particolare, Hauriou enfatizzò le differenze, contribuendo, così, alla formazione dei due tipi ideali.

Tre aspetti di questa vicenda sono importanti. Il *primo* è quello della continua presenza dei modelli stranieri nei diritti nazionali. Si può dire che ciascuno di questi viva insieme con un suo *alter ego*, per porsi a raffronto, notare le analogie, sottolineare le differenze.

Questo è un fenomeno diffuso, che non riguarda solo il diritto amministrativo, ma tutte le istituzioni, anche quelle costituzionali, nonché la cultura politica e sociale in Europa. Esso dipende dalla frequenza dei contatti tra le diverse nazioni, che si osservano reciprocamente, mettendosi a paragone. Sul modo in cui esso produce effetti influisce il diverso stadio di sviluppo di ogni ordinamento, perché quelli più avanzati hanno una forza trainante, essendo assunti ad esempio, talora anche non direttamente.

Questo fenomeno è solitamente misconosciuto a causa del prevalente positivismo normativistico della scienza giuridica.

Il *secondo* è la formazione, che ne consegue, di modelli concettuali, sviluppati su base comparativa, ma sia per analogia, sia in forma contrastiva.

Il *terzo* è la formulazione, alla quale così si perviene, di modelli relativamente vuoti di contenuto empirico, nel senso che sono costruzioni « estranee alla realtà » o « tipi ideali », nel significato attribuito a questo termine da Max Weber (148).

Nella principale analisi della formazione dei due tipi, D'Alberti osserva che « le profonde diversità fra i due sistemi derivano, fondamental-

(148) Tipo ideale è un genere o concetto astratto, che opera riassumendo eventi specifici quali suoi casi o istanze, oppure aggregando eventi diversi sulla base di una proprietà comune.

mente, dalla differente immagine del potere che in quegli ordinamenti storicamente si afferma (149).

4.3. *Il modello inglese si trasforma.*

Proprio mentre in Francia e in altri paesi dell'Europa continentale si sottolineavano le differenze tra modello inglese e modello francese, il primo caratterizzato dal *régime administratif*, il secondo dalla *rule of law* (una contrapposizione che — come notato — non aveva tanto ragione d'essere nelle istituzioni positive quanto in un diverso atteggiamento mentale dei giuristi e della cultura, in generale, dei due lati della Manica), da un lato, il modello positivo inglese subisce nuovi sviluppi, moltiplicandosi leggi e organizzazioni amministrative, dall'altro la cultura giuridica inglese comincia a guardare con interesse alla Francia, riconoscendo che il *droit administratif* non è così lontano, come si voleva far credere, dall'ordinamento inglese, ma rappresenta solo un grado di sviluppo superiore, che va imitato in Inghilterra.

Il *primo* segno del cambiamento sta nel nuovo sviluppo della legislazione amministrativa, sotto la spinta del cosiddetto *collectivism*: si ricordano solo l'*Education Act* (1902), gli *Old Age Pension Acts* (1908 e 1911), i *National Insurance Acts* (1911 e 1913); più tardi, il *Public Housing Act* e l'*Housing Act* (1936) e il *Food and Drugs Act* (1938). Leggi sulla disoccupazione, sulle assicurazioni sociali, sulla sanità, sulle pensioni di vecchiaia, sulle locazioni, ecc., nonché molte norme secondarie in queste e in materie sociali connesse, sono il frutto dell'influenza del socialismo sul diritto amministrativo. Così, sulle due originarie componenti, quella autoritaria e quella liberale, si innesta la terza componente, quella che può definirsi, intendendo il termine in senso lato, socialista.

Tra le prime e le ultime leggi citate si collocano la prima guerra mondiale e la grande crisi economica, che producono un'accelerazione della tendenza espansiva dello Stato, iniziata tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, segnalata anche in Francia dagli autori che scrivono negli anni venti e prendono le mosse dalla opposizione tra *individualisme* e *socialisme* (150).

---

(149) M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 14.

(150) Ad esempio, H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, II ed.,

Il *secondo* segno del cambiamento sta nell'accrescimento dei poteri dell'esecutivo. Questo, controllando la maggioranza parlamentare, legifera. E, attraverso le leggi, ottiene ulteriori poteri, questa volta normativi secondari (definiti *delegated legislation*). Molte leggi, quali il *Trade Boards Act* del 1918, l'*Unemployment Insurance Act* del 1920, il *London Traffic Act* del 1924, il *Road Transport Lighting Act* del 1927, conferiscono poteri alla pubblica amministrazione, ampliando i poteri ministeriali, che appaiono come qualcosa di nuovo, tant'è vero che nel 1932 viene nominata una apposita *Committee on Ministers' Powers* (Donoughmore), che presenta un rapporto molto discusso.

Il *terzo* cambiamento è organizzativo, e riguarda sia l'amministrazione centrale, sia quella locale, sia i loro rapporti. Nella prima, si segnalano nuovi ministeri stabiliti con legge, specialmente durante la prima guerra mondiale; il ruolo dominante acquisito negli anni Venti dal *Treasury*; il cd. *government by commission*, cioè la costituzione per legge, a partire dal 1919, di organi pubblici con poteri molto ampi, sotto controllo ministeriale. Per l'amministrazione locale, si segnalano i *local government acts*, del 1929 e del 1933, contenenti un vero e proprio codice delle autonomie locali, definiti un *legislative landmark* (151). Se queste leggi accompagnano e favoriscono, da un lato, il socialismo municipale, esse, dall'altro, contribuiscono alla progressiva centralizzazione del sistema amministrativo.

Il *quarto* cambiamento riguarda il *civil service*, prima sottoposto all'arbitrio del potere governativo, per il quale si afferma un *customary administrative law* (152), che definisce meglio i principi relativi alla *political neutrality* dei *civil servants*. Di questo diritto fa parte il regolamento del 1927 *Servants of the Crown (Parliamentary Candidature) Order*, secondo il quale un *civil servants* non può presentarsi come candidato senza prima dimettersi.

L'*ultimo* cambiamento riguarda lo sviluppo di organi ammini-

---

Paris, Rousseau, 1926, p. 7-8 e R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1926, p. 15 ss.

(151) W.A. ROBSON, *Administrative Law in England, 1919-1948*, in AA.VV., *British Government since 1918*, London, Allen and Unwin, 1950, p. 93.

(152) W.A. ROBSON, *Administrative Law in England*, cit., p. 97.

strativi operanti secondo procedure quasi giurisdizionali. Si assiste ad una crescita disordinata di organi di questo tipo, che trovano un terreno fertile in un ordinamento che non ha mai stabilito una netta distinzione tra funzioni giudiziarie e funzioni amministrative e nel quale una giustizia amministrativa vera e propria non si è sviluppata. Questa crescita è all'origine di numerose difficoltà di traduzione dei termini negli ordini concettuali dei paesi di tradizione francese. Ad esempio, gli organi di cui si parla sono definiti *tribunals*, ma non sono, in senso stretto, corti giudiziarie; essi sono organi di *administrative justice*, ma non sono, in senso stretto, incaricati di una funzione di giustizia amministrativa, alla quale in Inghilterra ci si riferisce con l'espressione diversa di *judicial review of administration*.

Questi cambiamenti fanno, però, risaltare l'insufficiente sviluppo di alcune parti del diritto amministrativo inglese e, in particolare, di tre di esse. Più crescono i poteri dell'esecutivo centrale (prima *non executant*), meno accettabile è l'immunità dello Stato. Viene, quindi, lamentato che il patrimonio di un dipendente pubblico non garantisce i terzi quanto le risorse di un organismo pubblico, come, ad esempio, il *Post Office*, e si afferma che « *the British Crown covers a multitude of sins* » (153).

Lo sviluppo dei poteri dell'esecutivo e della sua articolazione, fa, in secondo luogo, notare maggiormente il limite dell'ordinamento inglese, per il quale molti atti dell'esecutivo sono sottratti al controllo giurisdizionale.

In terzo luogo, risulta ancor più la debolezza del sistema di giustizia amministrativa. Esso è — come notato — fondato sui *writs*, in origine applicati nei confronti delle corti inferiori, poi estesi alle autorità amministrative (ma, all'inizio, solo nei confronti delle loro attività quasi giurisdizionali). Ma il sistema di giustizia amministrativa inglese non è solo il debole frutto di un adattamento, esso è anche lento, ha procedure arcaiche e onerose, dà una tutela imperfetta, diretta principalmente nei confronti degli atti *ultra vires*.

---

(153) Ambedue le osservazioni sono di H. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, in H. LASKI, *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, London, Allen and Unwin, 1921, p. 110 e p. 103.

4.4. *La « scoperta » del diritto amministrativo inglese e l'apprezzamento per il* droit administratif.

Il secondo cambiamento che interviene, in Inghilterra, nella prima parte del XX secolo, non riguarda il diritto positivo, ma la cultura giuridica, ed è dovuto principalmente agli scritti del secondo, terzo e quarto decennio del secolo di Harold J. Laski (1893-1950), William A. Robson (1895-1980), Ivor Jennings (1903-1965). Questi studiosi, tutti e tre insegnanti, per un certo periodo, della *London School of Economics and Political Science*, « scoprono » il diritto amministrativo inglese, rilevando che quello dell'eguaglianza tra pubblica amministrazione e privato è un mito, perché lo Stato può tassare, espropriare, ordinare, obbligare a un comportamento, condannare al pagamento di una sanzione amministrativa, ecc., tutte attività che il privato non può svolgere in modo unilaterale; segnalano lo sviluppo di *administrative tribunals* e dell'*administrative justice* (154); mostrano la superiorità del diritto amministrativo francese, che riconosce la responsabilità dello Stato, su quello inglese, per il quale la Corona è irresponsabile; mettono in discussione l'interpretazione di Dicey del diritto del suo tempo, notando che Dicey considerava solo il diritto comune e la responsabilità personale dei dipendenti pubblici ed enfatizzava l'esistenza in Francia di giudici speciali, la cui presenza non è rilevante. Un allievo di Laski, Frederik J. Port, scrive, nel 1929 (un secolo dopo, quindi, le prime trattazioni generali francesi del diritto amministrativo), il primo testo di *Administrative Law* (155).

Il cambiamento di prospettiva notato avviene nell'ambito della *London School of Economics and Political Science*, fondata nel 1895 da Sidney e Beatrice Webb e fortemente influenzata dalla matrice fabiana. Gli anni dal 1919 al 1937 sono, poi, quelli in cui direttore della scuola è William Beveridge e vi insegnano, oltre a Laski, Robson e Jennings, lo storico Richard Henry Tawney, l'economista Lionel Robbins e l'antropologo Bronislaw Malinowski. Nel ventennio della direzione di Beveridge, la scuola di Londra subisce un cambiamento e un'espansione. Nella scuola di

---

(154) In particolare, W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, Stevens, I ed. 1928; II ed. 1947, dedicato al *justice in the courts*, ma principalmente agli *administrative tribunals*.

(155) London, Longmans Green, 1929. Sul progressivo riconoscimento del diritto amministrativo in Inghilterra, S. FLOGAITIS, *Administrative law*, cit., p. 59 ss.

Londra matura un nuovo indirizzo di studio delle scienze sociali, che cerca di abbracciare tutti i rami di tali scienze. Il diritto, poi, viene nuovamente inserito nel contesto delle scienze sociali. Si può pensare, quindi, che la « scoperta » del diritto amministrativo sia dovuta alla duplice influenza, quella politica del socialismo fabiano, e quella metodologica della riconduzione del diritto nell'ambito delle scienze sociali.

Per comprendere la portata del cambiamento di prospettiva, può essere utile leggere la corrispondenza tra Laski e Holmes tra il 1917 e il 1930. Laski scrive a Holmes il 13 luglio 1917, riferendosi al diritto amministrativo: « *... I am absolutely amazed by Dicey's muddleheadedness about it. The rule-making rights of a French prefect are full of fascinating opportunities, and it's very striking to notice how in this crisis the administration here* [negli Stati Uniti] *and in England have virtually adopted its principles* ». Il 28 novembre dello stesso anno ritorna sul tema e scrive: « *I'm convinced that the french system of administrative law is to-day infinitely superior in its results so far as the liberty of the subject goes than Dicey's rule of law, which is to-day so theoretical and so beset on all hands by exceptions as to be hardly applicable at all* ». Qualche anno più tardi, il 2 febbraio 1930, Laski scrive a Holmes anche di Hauriou e della sua opposizione a Dicey: « *I also read a very interesting treatise on french constitutional law by Hauriou. Curious is the complete mental difference from Dicey. You would not think they were discussing the same fonds at all. And his own comment show that he himself, having read Dicey, was completely bewildered by « l'empiricisme anglais ». He can't understand a constitution which lays down no general principles and is not, so to say, out there to be philosophised about. He want metaphysics and can't find them in Dicey and is clearly genuinely upset. But he certainly made some very shrewd points against Dicey's view of droit administratif, and, I think altogether destroyed the old man's complacency about our rule of law* » (156).

In corrispondenza con l'insufficiente sviluppo scientifico, le principali trattazioni generali del diritto amministrativo inglese di questi primi anni del secolo presentano numerosi limiti: il diritto amministrativo è ancora indistinto dal diritto costituzionale, un posto dominante hanno, sostanzialmente due temi, quello della *delegated legislation* (i poteri normativi dell'esecutivo centrale) e quello della *administrative justice* (funzione giustiziale dell'amministrazione); mancano principi generali, poiché la funzione ordinatrice delle corti e della scienza giuridica è ancora in uno stato elementare

(156) HOLMES-LASKI letters, *The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, edited by M. D. WOLFE HOWE, 2 voll., Oxford, Oxford Univ. Press, 1953, p. 93, p. 113 e p. 1223; si noti che le lettere di Laski sono piene di espressioni di ammirazione nei confronti di Dicey: p. 173, 307, 421, 422, 429, 553, 621, 674, 707, 771.

di sviluppo; la sfera del diritto amministrativo è, quindi, molto ristretta.

Un cospicuo numero di scritti, inglesi, americani e francesi, attira, nel primo quarantennio del secolo, l'attenzione sugli inconvenienti dell'immunità della Corona (157), sui limiti della *rule of law* (158), sull'aumento dei poteri dell'amministrazione centrale (159) e sui limiti del potere giudiziario rispetto all'amministrazione (160), facendo, in tutti i casi, i conti con le note tesi di Dicey, di cui sono, di volta in volta, indicati gli errori di interpretazione del diritto amministrativo inglese e quelli di valutazione della bontà di quel sistema.

4.5. The immense growth in the volume and scope of administrative law *(dalla grande crisi al secondo dopoguerra).*

Il diritto amministrativo giunge alla sua maturità nel periodo a cavallo del XX secolo. Ciò accade in parte per l'ulteriore sviluppo delle istituzioni amministrative, ma principalmente per l'approfondirsi e l'ampliarsi dell'analisi da parte dei giuristi.

Della legislazione amministrativa sono importanti quella, specialmente in materia fiscale e finanziaria, diretta a far fronte alla crisi economica, quella di guerra, dettata dalle esigenze di difesa, quella che, nel dopoguerra, estende e proroga i poteri eccezionali dell'amministrazione, quella di nazionalizzazione, che dà luogo all'istituzione di *public corporations*, quella che estende il controllo pubblico dell'agricoltura, regola la pianificazione urbana, l'assicurazione e i

---

(157) E.M. PARKER, *State and Official Liability*, in *Harvard Law Review*, 19, 1905-1906, p. 335 ss., A.L. LOWELL, *The Government of England*, II, London, Macmillan, 1924, p. 489 ss. e G.E. ROBINSON, *Public authorities and legal liability*, with an introductory chapter of J.H. Morgan, University of London Press, 1925.

(158) J.W. GARNER, *La conception anglo-americaine du droit administratif*, in *Mélanges M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 337 ss., che critica anche il principio di immunità della Corona e H.J. LASKI, *Le règne de la loi en Angleterre*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, 1930, p. 711 ss.

(159) W.A. ROBSON, *The Report of the Committee on Ministers' Powers*, in *Political Quarterly*, III, 1932, p. 346 ss. e I. JENNINGS, *The Report on Ministers' Powers*, in *Public Administration*, X, 1932, p. 333 ss.

(160) P. DEVELLE, *Décadence du pouvoir judiciaire et suprématie de l'administration en Angleterre*, in *Révue politique et parlamentaire*, n. 10, 1933, août, p. 306 ss.; I. JENNINGS, *Courts and Administrative Law - the Experience of English Housing Legislation*, in *Harvard Law Review*, 1935-1936, p. 426 ss., e J.W. GARNER, *La justice administrative en France et aux États-Unis*, in *Cahièrs de politique étrangère*, Paris, 1938, n. 32.

servizi sociali, quella, infine, che abolisce l'immunità della Corona (*Crown Proceedings Act* del 1947). Nel 1959, guardando indietro a questo periodo, Robson nota « *the immense growth in the volume and scope of administrative law* » (161).

Saranno, questa volta, due italiani, Giuseppino Treves e Manlio Mazziotti (162), a commentare la crescita dei poteri amministrativi, grazie alla legislazione e alla cosiddetta *delegated legislation*, l'insufficienza della responsabilità dei funzionari e i limiti della giustizia amministrativa, e a valutare criticamente le teorie del Dicey.

Per comprendere la frequenza e importanza degli scambi, si consideri l'interesse incrociato di un giurista nordamericano che esamina il *droit administratif* dal punto di vista della *common law* (163), giungendo alla conclusione che nella *common law* come nel *droit administratif* il diritto è di formazione giudiziale, con la sola differenza (dovuta alla diversa concezione della divisione dei poteri) che in Francia vi sono corti *ad hoc*, che corrispondono, però, alle corti di *equity* della *common law*.

Nonostante questi sviluppi, rimangono numerosi gli atti amministrativi sottratti dalle leggi al controllo giurisdizionale e permangono i limiti (per lo più derivanti da timidezza dei giudici o da loro timori di interferire nell'attività amministrativa) del controllo giurisdizionale dell'amministrazione, che riguarda principalmente la competenza (*ultra vires*) e il rispetto della procedura.

Un grosso passo avanti è, invece, compiuto dalla scienza giuridica, che abbandona, criticandola, la concezione ristretta del diritto amministrativo e si interessa non solo della *delegated legislation*, dei *tribunals* e del *judicial control*, ma anche dell'organizzazione dell'amministrazione e dei suoi poteri, dei rapporti centro-periferia e dei poteri dei ministri di dirigere e controllare gli enti

---

(161) W. A. Robson, *Administrative Law*, in M. Ginsborg (a cura di), *Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, Stevens, 1959, p. 202. Fondamentale lo studio dell'americano B. Schwartz, *Law and the Executive in Britain, a Comparative Study*, New York, New York University Press, 1949, il quale mette in luce *the disappearance of law* e studia *delegated legislation*, *administrative justice* e *judicial review*.

(162) G. Treves, *Lo sviluppo del diritto amministrativo inglese*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1946, 1, p. 177 (poi in G. Treves, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1982); M. Mazziotti, *Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, fasc. III-IV, p. 1 ss.

(163) B. Schwartz, *A Common Lawyer Looks at the Droit Administratif*, in *Canadian Bar Review*, vol. 29, 1951, February, n. 2, p. 121 ss.

locali, dell'organizzazione delle *public corporations* e dei loro rapporti con il governo, dei doveri e delle responsabilità dei dipendenti (164).

5. *Il diritto amministrativo in Francia alla fine del XX secolo.*

5.1. *Le diverse componenti.*

Dopo aver esaminato gli sviluppi storici, istituzionali ed ideologici del diritto amministrativo, si passa alla situazione attuale. Prima, però, di analizzarla, relativamente a Francia e Regno Unito, se ne definisce l'oggetto.

Secondo la *vulgata*, le istituzioni amministrative positive di uno Stato sono le leggi amministrative, l'organizzazione e la funzione pubblica, la disciplina dell'attività e del procedimento amministrativo, i contratti, la responsabilità, l'assetto della giustizia amministrativa.

Così delimitato, però, il diritto amministrativo risulta costituito soltanto del prodotto delle norme: dunque, è il diritto amministrativo definito secondo i criteri del positivismo normativistico, fondato sul concetto del monopolio statale del diritto.

Nella vita concreta delle istituzioni, il diritto amministrativo è composto anche di altri elementi, quali la giurisprudenza, l'elaborazione scientifica (ambedue svolgono una importante funzione normativa e ordinatrice), le convenzioni costituzionali, gli usi e le prassi amministrative, il modo in cui gli istituti stessi sono considerati e studiati (165). Infatti, il diritto amministrativo non è solo il prodotto di regole e meccanismi determinati dalle norme, come ha voluto far credere la tradizione tutt'ora imperante del positivismo normativistico, ma anche il frutto del gioco di esigenze pratiche dettate dalle condizioni di vita, dalle ideologie e dalle mutevoli loro relazioni con il modo di intenderle, anche in relazione ad altri ordinamenti, filtrati attraverso la cultura e le ideologie che sono proprie di ciascun paese.

---

(164) W. A. Robson, *Administrative Law*, cit., p. 200.

(165) R. Sacco, *Introduzione*, cit., p. 47, e U. Mattei e P.G. Monateri, *Introduzione breve*, cit., p. 119, parlano di « formanti », per indicare regole legali, proposizioni dottrinali, regole giurisprudenziali, ecc., e cioè le diverse componenti dei sistemi giuridici.

L'analisi che segue, quindi, considera sia i singoli istituti principali, sia le nozioni che compongono la struttura dell'ordinamento giuridico e le loro relazioni. Se si considerano solo i primi, ci si perde nei particolari. Se si esaminano solo le seconde, si comprende l'insieme, non ciò che è caratteristico dei singoli istituti.

Con le avvertenze appena esposte, si esamina il diritto amministrativo francese odierno, per poi passare a quello inglese.

5.2. Les bureaux gouvernent: *innesto costituzionale e contesto politico del diritto amministrativo francese.*

La prima componente caratteristica del diritto amministrativo francese è costituita dal suo innesto costituzionale e dal suo contesto politico.

Secondo l'art. 20, che fa parte del titolo III (*Le gouvernement*) della Costituzione del 1958, il governo « *dispose de l'administration* ». Questo vuol dire che l'amministrazione è tutt'uno con l'esecutivo. Dunque, l'amministrazione francese dispone di un ancoraggio costituzionale all'esecutivo, che, com'è tipico di un ordinamento a tradizione *étatiste* (166), è un esecutivo forte, anche se dualistico (perché fa capo sia al Presidente della Repubblica, sia al Primo ministro (167)).

Ma come avviene l'ancoraggio dell'amministrazione all'esecutivo? Nella Francia moderna si sono succeduti tre modelli. Il primo è quello del XIX secolo, dove dominava il *deputé-fonctionnaire*: sotto Louis-Philippe il sessantadue per cento dei membri del Parlamento erano dipendenti pubblici. Ciò vuol dire che il governo doveva la sua sopravvivenza al modo in cui riusciva a governare la carriera dei suoi dipendenti (168). Il secondo modello è quello della terza e, principalmente, della quarta Repubblica, nella quale l'alta amministrazione governava e ciò costituiva un palliativo all'instabilità politica dei governi (169). Il terzo modello è quello ora predominante, continuamente

---

(166) S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Roma, Donzelli, 1998, p. 21.

(167) J.H. ROHR, *French Constitutionalism and the Administrative State. A Comparative Textual Study*, in *Administration and Society*, vol. 24, 1992, n. 2, p. 224.

(168) I più importanti discorsi parlamentari di Tocqueville sono, infatti, dedicati a questo mostruoso connubio.

(169) D. CHAGNOLLAUD, *La haute administration au pouvoir? Les « grands commis » de la IV République*, in *Pouvoirs*, n. 76, 1996, p. 107 ss.

posto in discussione, ma solidamente ancorato alla realtà politica e amministrativa, dell'interpenetrazione dell'*élite* politica e di quella amministrativa (170).

Nella Francia della quinta Repubblica circa metà dei ministri e metà dei parlamentari proviene dall'alta funzione pubblica (171). A sua volta, quest'ultima non proviene, come in altri ordinamenti, per anzianità, dalle varie strutture ministeriali, con l'effetto di essere *cloisonné*, invecchiata, burocratizzata. Essa, invece, costituisce una superstruttura amministrativa di *high-flyers*, prescelti secondo il criterio del merito per occupare i posti più alti dell'amministrazione, relativamente giovani, generalisti.

Questo assetto ha due conseguenze, una per l'amministrazione, una per la politica. Nell'amministrazione, esso mette fine alle multiple feudalità della funzione pubblica mediante il reclutamento interministeriale di un gruppo di alti funzionari formati secondo gli stessi principi e un'impostazione unitaria e interdipendente (172). Nella politica, esso introduce un tipo di personale addestrato, ben selezionato, relativamente omogeneo, capace di gestire lo Stato (173). Così, le scuole di formazione e selezione del personale pubblico, e principalmente l'*Ecole nationale d'administration* è « *non plus une école d'administration, mais l'école du pouvoir sous toutes ses formes* » (174).

In conclusione, vi è unità di reclutamento, osmosi tra politica ed amministrazione, forte unità e coesione del potere esecutivo (governo e amministrazione) dominato da una sovrastruttura comune: « *les bureaux gouvernent* » (175).

---

(170) J. Chevallier, *L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée*, in *Pouvoirs*, n. 80, 1997, p. 89 ss.; si rinvia anche a V. Wright, *Démocratiser l'élite administrative française, regard d'un britannique, ibidem*, p. 101 ss.

(171) Y. Meny, *Istituzioni e politica. Le democrazie: Germania, Stati Uniti, Francia, Gran Bretagna, Italia*, tr. it., Rimini, Maggioli, II ed., 1995, p. 495-496.

(172) A. Claisse et M.C. Meininger, *Fonctions publiques*, cit., p. 77.

(173) Y. Meny, *Istituzioni e politica,* cit., p. 493 ss.

(174) D. Chagnollaud, *op. cit.*, p. 115.

(175) R. de Jouvenel, *La République des camarades*, Paris, 1914; si veda anche P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 506, e S. Cassese, « *Une des formes de l'Etat nouveau du monde », Reflexions sur le droit administratif français*, in *Actualité Juridique - Droit Administratif*, numéro spécial du cinquantenaire, 20 juin 1995, p. 170-171.

5.3. Le culte de la loi*: il posto della componente giuridica nell'amministrazione.*

Nell'amministrazione pubblica francese, la componente giuridica è molto forte. La preparazione giuridica era divenuta predominante già nel XVIII secolo nella *noblesse de robe*, nonostante la debolezza dell'insegnamento giuridico in quell'epoca. Nel corso del XIX secolo, i laureati in diritto sono favoriti nell'accesso alla pubblica amministrazione, nonostante che il diritto sia solo una delle maggiori strade che conducono all'*élite* amministrativa, essendo aperta l'altra costituita dalla preparazione tecnica, attraverso le scuole di settore, principali delle quali l'*Ecole Politechnique* e l'*Ecole des mines* (176). Anche la cultura amministrativa si sviluppa — come notato — sul versante del diritto, per cui ogni problema amministrativo è declinato in termini giuridici: « *ce système administratif est fondamentalement l'oeuvre de juristes* » (177).

Questo dominio del diritto nel campo dell'amministrazione si esplica in tre modi. Il *primo* è quello tipico delle scuole giuridiche predominanti nel XIX e XX secolo, d'impronta positivistica e consiste nel *culte de la loi* (178). Il *secondo* è in singolare contrasto con il primo, e consiste nel *pouvoir createur de la jurisprudence* (179) che conduce alla *formation d'un droit prétorien* (180).

La contraddizione tra riconoscimento del solo diritto prodotto dal legislatore e ossequio verso il diritto prodotto dal giudice è tipica del positivismo normativistico sviluppatosi nel XIX secolo come sottoprodotto dei diversi nazionalismi e della chiusura degli ordinamenti nazionali, fino allora relativamente aperti l'uno all'altro. Ma questa contraddizione acquista tra i giuristi e gli amministratori francesi un significato particolare, perché l'opera ordinatrice e normativa della giurisprudenza del *Conseil d'Etat* è qui grandissima, e, quindi, il diritto amministrativo si presenta come un insieme di norme positive dettate dal legislatore, ma inquadrate, classificate, ordinate, interpretate dal giudice, che svolge un ruolo ben più alto di meccanica *bouche de la loi*.

---

(176) J.A. Armstrong, *The European Administrative Elite*, Princeton University Press, 1973, p. 170.

(177) P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 455.

(178) P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 458.

(179) È un'espressione di M. Hauriou, cit. da P. Legendre, *op. cit.*, p. 464.

(180) P. Legendre, *op. cit*., p. 463.

Il *terzo* modo in cui si esplica il dominio del diritto discende dai primi due, e riguarda il campo regolato dal diritto amministrativo, che è vastissimo, riguardando l'organizzazione e l'attività amministrative, i singoli settori regolati (beni pubblici, espropriazione, urbanistica, ecc.), la giustizia amministrativa.

Il campo d'applicazione del diritto amministrativo risulta dalla combinazione di due nozioni molto vaste, quella di persona giuridica pubblica e quella di *service public*. La prima fornisce un criterio organico ed indica le istituzioni sottoposte al diritto amministrativo. La seconda fornisce un elemento materiale o funzionale e indica quella parte della attività delle persone pubbliche che è retta dal diritto amministrativo in quanto collegata allo svolgimento di un *service public* (181).

5.4. *La* règle de droit.

La *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, all'art. 15, disponeva: « *la societé a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». La « *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » che precede la costituzione del 24 giugno 1793 stabiliva: « *ceux qui solleciteraint, éxpédieraient, signeraient, exécuteraient ou feraient exécuter des actes arbitraires sont coupables et doivent être punis* ». Il principio della sottoposizione dell'amministrazione al diritto, dunque, non si afferma con le prime dichiarazioni costituzionali rivoluzionarie. Né esso è garantito dalle successive costituzioni del secolo XIX e di quello successivo.

Invece, esso è il frutto di tre fattori: della lenta affermazione della sottoposizione dell'amministrazione al giudice amministrativo; del progressivo ampliamento della rappresentanza parlamentare; della espansione della componente giuridica dell'amministrazione. La tutela giudiziaria usa il principio di legalità come leva per affermare il proprio ruolo di tutore dei cittadini. I parlamenti, con l'ampliarsi del suffragio, sono investiti del potere di tenere sotto controllo le prerogative dell'esecutivo a mezzo delle leggi. Infine, il quasi monopolio dei giuristi (si è già detto del ruolo dominante,

(181) G. Braibant-B. Stirn, *Le droit administratif français*, Paris, Sciences Po-Dalloz, V^e^ éd., 1997, p. 41.

anche se non esclusivo, dei giuristi nell'amministrazione) fa diventare il diritto il linguaggio dell'amministrazione e la trama su cui sono intessute le sue nozioni.

Secondo la sua formulazione attuale, la sottoposizione dell'amministrazione al diritto comporta il divieto di prendere misure contrarie alla legge e l'obbligo di dare esecuzione alla legge, e cioè di prendere le misure necessarie per la sua esecuzione (182). Il principio di legalità riguarda sia la legalità interna (la limitazione dei poteri dell'amministrazione), sia quella esterna, che riguarda la regolamentazione della procedura amministrativa (consultazioni, pareri, contraddittorio, ecc.) (183). Questa formulazione dà, però, una portata restrittiva al principio di legalità, perché lo riferisce, secondo la tradizione intellettuale del positivismo normativistico, alla sola legge, mentre, di fatto, la sottoposizione dell'amministrazione al diritto comporta anche il rispetto dei principi fissati dalla giurisprudenza e delle convenzioni costituzionali ed amministrative.

Di recente, poi, il principio ha subito un ampliamento, in corrispondenza con l'ampliarsi delle norme che riguardano l'amministrazione. Così è riconosciuto che l'amministrazione è sottoposta ai principi generali del diritto, al diritto costituzionale, al diritto comunitario, al diritto internazionale e alle stesse norme poste dalla pubblica amministrazione, che può modificare i propri atti, ma rispettando certi requisiti di forma.

L'aspetto più recente e discusso è costituito dal riconoscimento del diritto comunitario come fonte di diritto superiore alla legge nazionale, anche se successiva: in questo senso l'*arrêt Nicolo* del *Conseil d'Etat*, del 1989 (184).

Il riconoscimento della *règle de droit* non esclude che vi siano legalità d'eccezione: lo stato di necessità e circostanze eccezionali, come una guerra, consentono deroghe, purché esse siano giustificate dalle circostanze; il primo ministro può adottare misure di polizia su tutto il territorio; i capi dei servizi (ad esempio, i ministri) possono

---

(182) G. Braibant-B. Stirn, *Le droit*, cit., p. 205 ss.

(183) C. Debbasch, *Institutions et droit administratif*, II t., Paris, Puf, IV éd., 1998, p. 363.

(184) In M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, XI^{e} éd., 1996, p. 743.

prendere le misure necessarie al buon funzionamento dell'amministrazione posta sotto la loro autorità.

Il rispetto della legalità è controllato dal giudice, al quale si può chiedere l'annullamento dagli atti illegittimi. In passato, tuttavia, vi era un certo numero di *actes du gouvernement* immuni dal controllo giurisdizionale, purché avessero una motivazione politica. Invece, sono ora sottratti al controllo del giudice solo gli atti che riguardano i rapporti tra il governo e gli altri organi costituzionali (ad esempio, la decisione di presentare un progetto di legge al Parlamento) e quelli che riguardano i rapporti internazionali.

5.5. *Caratteristiche del* droit administratif: judge-made law *e* droit de privilège.

Il *droit administratif* ha due caratteristiche principali: è un diritto in larga misura di formazione giurisprudenziale ed è un diritto speciale, derogatorio nei confronti del diritto privato.

Uno degli aspetti del diritto amministrativo francese che colpisce maggiormente gli osservatori inglesi è il fatto che, in un paese di diritto codificato, il *droit administratif* sia un *judge-made law* orientato da principi, ma flessibile, che si adatta continuamente alle circostanze che cambiano (185). Questo è il prodotto sia della centralizzazione del contenzioso amministrativo, sia della posizione dominante acquisita dal *Conseil d'Etat* nel panorama giuridico francese.

Tale posto è dovuto anche alla elasticità delle norme che hanno regolato in passato (e, in parte, che regolano) l'appartenenza al corpo dei consiglieri di Stato, elasticità che ha consentito ad essi di giocare più ruoli, di politici, di insegnanti, di studiosi, di pubblicisti, di amministratori, pur mantenendo alti i criteri di selezione per l'ammissione al corpo.

L'intelaiatura del diritto amministrativo francese è opera della giurisprudenza, non di un codice, né della dottrina. Il diritto amministrativo scritto in leggi è molto ampio. Ma le leggi non debbono essere solo interpretate, debbono anche essere ordinate e sistemate

---

(185) L.N. Brown-J.S. Bell, *French Administrative Law*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 2 e 294-295 e L.N. Brown-J.F. Garner, *French Administrative Law*, London, Butterworths, 1967, p. 87.

in ordini concettuali coerenti. E questo compito è svolto dalla giurisprudenza.

Un posto importante è occupato dalle *conclusions* dei *commissaires du gouvernement*, davanti al *Conseil d'Etat*. Queste compensano la brevità delle sentenze e ne costituiscono una sorta di commento scientifico « in anteprima ». Per la fama e il prestigio di molti *commissaires du gouvernement*, molte *conclusions* costituiscono un contributo al diritto amministrativo persino più importante della stessa giurisprudenza del *Conseil d'Etat*.

Apposite leggi stabiliscono principi generali (in particolare, quelle recenti sulla trasparenza e sul contraddittorio), ma l'ambizione di una codificazione del diritto amministrativo, che periodicamente si affaccia, non trova attuazione, salvo tentativi di codificazione di settore (come il *code générale des collectivités territoriales* (1996) prodotto dalla *Commission supérieure de codification*) (186).

La « dottrina » giuridica, a sua volta, svolge una opera di sistemazione, di ampliamento e di critica dei concetti elaborati dalla giurisprudenza, ma ha un ruolo molto minore di quello che essa svolge in altri paesi, come Germania ed Italia.

La *seconda* caratteristica del diritto amministrativo francese è di essere un diritto speciale, separato dal diritto privato, con propri principi e istituti, diversi da quelli del diritto privato e, quindi, derogatorio o esorbitante rispetto a questo. Dunque, la distinzione diritto pubblico-diritto privato è il punto di partenza del diritto amministrativo francese, a differenza di quello inglese, dove la distinzione era, fino a tempi recenti, sconosciuta o rifiutata.

Lo sviluppo del diritto amministrativo come un settore del diritto interamente separato da quello privato e retto da propri principi e regole autonome e speciali è in parte il frutto della sua affermazione come diritto giurisprudenziale, in parte il prodotto della *préeminence de l'interêt général*.

Stabilita nel 1790 l'incompetenza della giurisdizione giudiziaria a conoscere gli affari amministrativi e istituito nel 1799 il *Conseil d'Etat* come giudice dell'equilibrio tra le esigenze dell'amministrazione e i diritti degli individui, quest'ultimo ha cominciato con lo scartare le regole di diritto privato e l'affermare la specificità del diritto amministrativo. Viene così stabilita una differenza sostanziale

(186) Paris, Dalloz, 1996.

tra attività pubblica, che persegue l'interesse generale, e attività privata, che persegue interessi particolari, per lo più un fine lucrativo (187).

Quanto al criterio sostanziale della preminenza dell'interesse pubblico, questo è affermato dal primo dei giudici-studiosi: Gerando sostiene che « *c'est... d'après des lois spéciales et non d'après les règles du droit commun que se gouvernent les obligations et les droits réciproques en ce qui touche les rapports de l'interêt public à l'interêt privé* » (188). Più tardi, viene spiegato che « *la préeminence de l'intérêt général sur les intérêts privés impose un traitement spécial du contentieux administratif que les juges judiciaires ne peuvent mettre en oeuvre. A intérêt special, droit spécial et juge spécial* » (189). Il diritto amministrativo — viene spiegato — è un « *droit de privilège* » perché fondato sul rapporto ineguale tra amministrazione ed amministrato (190).

La situazione è complicata dalla giustapposizione prima e dalla ibridazione poi del diritto amministrativo con il diritto privato. Il diritto amministrativo, infatti, non è tutto il diritto applicabile alla pubblica amministrazione. Questa si vale anche del diritto privato. Il diritto amministrativo, dunque, è solo quella parte del diritto dell'amministrazione che si applica ai poteri esorbitanti, alle prerogative speciali, all'amministrazione che agisce come autorità. Dunque, nell'amministrazione convivono *droits de puissance publique* e *droits de personne privé*, *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*, contratti di diritto pubblico e contratti di diritto privato, principi della responsabilità pubblica e principi di diritto privato sulla responsabilità, ecc.

La penetrazione del diritto privato nell'amministrazione è facilitata dalla diffusione — di cui si è detto — del pensiero di Dicey e della convinzione che possa esistere un'amministrazione interamente sottoposta al diritto privato.

---

(187) C. Debbasch, *Institutions*, cit., p. 35.

(188) J.M. de Gerando, *Institutes de droit administratif français ou éléments du code administratif réunis et mis en ordre*, I, Paris, 1829-1830, p. 65.

(189) P. Sandevoir, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, L.g.d.j., 1964, p. 303, cit. da C. Duval, *Les justifications*, cit., p. 61.

(190) J. Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège?*, in *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 57 ss.

Questo bipolarismo del diritto dell'amministrazione si rivela, però, instabile. Innanzitutto, una chiara linea di demarcazione non è fissata, per cui vi sono zone intermedie, di cui è difficile stabilire l'appartenenza. Poi, nella misura in cui ambedue i settori sono lacunosi, i principi necessari al loro completamento vanno cercati in quello di appartenenza, ma possono anche essere cercati nell'altro, producendo, così, un amalgama tra i due diritti. Questo completamento reciproco è facilitato dalle trasformazioni che il diritto privato, applicato all'amministrazione, subisce, per cui non vi sono solo le due forme pure, ma anche le loro varianti.

Si aggiunga che il problema delle lacune può trovare una soluzione secondo due criteri. Il primo è quello formale, per cui, se il diritto amministrativo è il diritto generale che regola la pubblica amministrazione, bisogna far ricorso ai suoi principi. Il secondo è quello sostanziale, per cui bisogna accertare se la pubblica amministrazione opera come autorità oppure in vesti privatistiche. Ma ambedue i criteri riportano al punto di partenza e si rivelano petizioni di principio.

Infine, il bipolarismo è attenuato dalla perdita di specificità del diritto pubblico, dal suo arretramento (diminuzione dell'attività amministrativa unilaterale e ricorso crescente a negoziazioni e a moduli convenzionali; privatizzazioni; attività di prestazione; fuga dal diritto pubblico), dalla penetrazione del diritto privato nel diritto amministrativo, dallo sviluppo di moduli ibridi, come servizi pubblici a carattere industriale e commerciale e enti di interesse pubblico (191).

La conseguenza è che la distinzione tra diritto amministrativo e diritto privato viene rimessa in discussione e ci si interroga sulla necessità di sopprimere il diritto amministrativo.

Per notare il progresso del fenomeno, si possono consultare quattro brevi scritti, di epoche diverse. Nel primo, André Hauriou (192), osserva che il diritto amministrativo ha pochi rapporti con il diritto privato, perché le parti sono su posizioni diseguali, l'amministrazione ha poteri esorbitanti

---

(191) C. EISENMANN, *Droit public, Droit privé. En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle*, in *Revue du droit public*, 1952, p. 903 ss. osserva che la distinzione è molto meno importante di quanto comunemente si creda.

(192) A. HAURIOU, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, III, Paris, Sirey, 1934, p. 92 ss.

dal diritto comune e li esercita per fini di utilità pubblica, ma che vi sono episodiche trasposizioni dal diritto privato al diritto pubblico. Nel secondo, Jean Rivero (193) osserva, al termine di una analisi delle nozioni di *service public*, di *établissement public* e di *concession*, che il diritto amministrativo è un *chantier de démolition*. Nel terzo, Jean Boulouis (194) osserva che la circostanza che l'amministrazione sia sottoposta in larga misura al diritto privato non vuol dire che ciò possa essere generalizzato, concludendo: « *le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle, et ses lumières, mais s'en defaire relève moins du libéralisme que de l'utopie* ». Nel quarto, Jacques Caillosse (195) s'interroga sui fattori che fanno sorgere dubbi sul diritto amministrativo e li individua nella *fascination du libéralisme anglo-saxon*, nel *défi managérial* e nel *défi européen*, ma conclude affermando che la « *revalorisation de l'entreprise et du marché* » non produce la fine del diritto amministrativo (196).

5.6. *Il* service public, pierre angulaire du droit administratif français*, e la sua crisi.*

Il *service public* (da non confondersi con la nozione italiana di servizio pubblico e con quella inglese di *public utility*) è la nozione base del diritto amministrativo francese. Essa ha una origine che può dirsi nazionalistica, perché nata per opposizione alla nozione base del diritto amministrativo tedesco, quella di *Herrschaft* (o *puissance*), come tentativo di dare al diritto amministrativo un fondamento non autoritario.

Il *service public* è un vero e proprio lazzaro giuridico. Si trova nel fondamentale *arrêt Blanco* del *Tribunal des conflits* (1873), con il quale venne affermata l'esistenza di una responsabilità della pubblica amministrazione separata da quella di diritto comune. Viene, poi, sviluppata dall'« *école* » di Bordeaux, capeggiata da Léon Du-

---

(193) J. Rivero, *Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif*, in *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 147 ss.

(194) J. Boulouis, *Supprimer le droit administratif?*, in *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 5 ss.

(195) J. Caillosse, *La réforme administrative et la question du droit*, in *Actualité Juridique - Droit administratif*, 1989, 20 janvier, p. 3 ss.

(196) E le interrogazioni e i dubbi continuano: O. Vallet, *La fin du droit public?*, in *Revue administrative*, 1992, janvier-février, p. 5 ss. e J. Caillosse, *Droit public - droit privé: sens et portée d'un partage académique*, in *Actualité Juridique - Droit administratif*, 1996, 20 décembre, p. 955 ss.; ma si veda principalmente P. Weil, *Le droit administratif*, Paris, Puf, I ed., 1964, VII ed., 1978.

guit. Ha subito, poi, una crisi, per rinascere alla metà del XX secolo, salvo entrare nuovamente in crisi negli anni più recenti. Essa è stata ritenuta « *pierre angulaire du droit administratif français* » e la sua importanza può essere misurata tenendo conto che un terzo delle grandi decisioni della giurisprudenza amministrativa fanno riferimento ad essa (197).

La funzione della nozione è quella di identificare l'area alla quale si estende il diritto amministrativo. Essa, quindi, serve, volta a volta, ad accertare se una organizzazione o un servizio è pubblico, se ricorre o meno responsabilità pubblica, se si debba far ricorso al giudice amministrativo. Quest'ultima è la funzione più importante della nozione, a causa dell'ordinamento dualistico della giustizia francese.

Perché ricorra il *service public* occorre che siano presenti due elementi, uno materiale e uno organico. L'elemento materiale è lo scopo d'interesse generale. L'elemento organico è l'istituzione o organo pubblico. Quando ambedue questi elementi sono presenti, vi è un *service public* e, quindi, ad esso si applica il diritto amministrativo, come regime diverso da quello di diritto privato.

In ben due periodi, ma, in particolare, negli anni più recenti, il *service public* ha conosciuto una crisi. Le ragioni della crisi odierna sono due. In primo luogo, la nozione si è estesa, fino a comprendere la gestione di imprese e di teatri o l'organizzazione di corse di cavalli. Di qui l'esigenza di distinguere *services publics administratifs* da *services publics à caractère industriel ou commercial*. Ma, in questo modo, la nozione ha perduto coerenza ed efficacia perché si è dovuto ammettere che non tutti i servizi gestiti da organismi pubblici sono necessariamente pubblici. In secondo luogo, servizi d'interesse generale sono stati affidati a organismi privati, sia pur sottoposti a un regime giuridico speciale (ad esempio, gli ordini professionali). Dunque, l'elemento organico, in questi casi, non è più presente.

Le conseguenze della crisi della nozione di *service public* pos-

(197) G. BRAIBANT e B. STIRN, *Le droit*, cit., p. 136. Per comprendere lo sviluppo della teoria del *service pubblic* in opposizione alla nozione di *Herrschaft*, basta leggere L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913, p. 44 (di questo volume c'è una ristampa anastatica, Paris, La mémoire du droit, 1999).

sono essere notate in vario modo. In *primo* luogo, perduta unità e coerenza della nozione, questa non è più indicativa di una disciplina. Vi è, quindi, bisogno di leggi che la determinino. Ma queste sono relative a singoli servizi e contribuiscono, così, alla crisi dell'unità della nozione.

In *secondo* luogo, il *service public*, che era una volta il criterio o indice per applicare il *regime administratif*, perduta l'unità e la coerenza della nozione, ha bisogno, a sua volta, di criteri e indici di individuazione, quali l'oggetto del servizio, l'origine delle risorse o le modalità di funzionamento.

In *terzo* luogo, mentre in passato il *service public* serviva a identificare il regime di diritto amministrativo, ora, paradossalmente, i rapporti si sono rovesciati e il regime di diritto amministrativo (e, in particolare, le prerogative o i poteri esorbitanti) viene utilizzato per definire il *service public*, che, però, in tal modo, diventa una nozione inutile, costituendo un passaggio superfluo.

Infine, il *service public* serviva, come notato, per definire la giurisdizione del giudice amministrativo. Dinanzi alle difficoltà di applicazione del criterio del *service public*, però, il legislatore ha preferito identificare *blocs de competence* attribuite alla giurisdizione amministrativa. Anche in questo modo, la nozione diventa superflua.

In conclusione, « *désormais le service public peut être aussi bien une activité soumise au droit administratif qu'une activité soumise à des règles de droit privé* » (198).

5.7. *Policentrismo, decentramento e difformità funzionale dell'amministrazione francese.*

A lungo considerata il prototipo delle amministrazioni uniformi e accentrate, dal punto di vista organizzativo e da quello operativo, l'amministrazione francese è ora policentrica, decentrata e gestita in modo differenziato.

Secondo il modello tradizionale, l'amministrazione francese non era solo accentrata. Essa era ordinata su un unico polo centrale, senza corpi satelliti (199).

---

(198) C. Debbasch, *Institutions*, cit., p. 83.

(199) Per la distinzione tra monismo ed accentramento, S. Cassese, *Le ammini-*

L'ordinamento centrale è ora articolato su più elementi. Il primo è quello tradizionale dei ministeri. Essi erano circa sei nell'Antico Regime, da quindici a venti nella quarta Repubblica e sono ora quattordici: *Emploi et solidarité*, *Education nationale, recherche et technologie*, *Affaires étrangères*, *Défence*, *Culture et communication*, *Aménagement du territoire et environnement*, *Fonction publique, Reforme de l'Etat et décentralisation*, *Garde de Sceaux-Justice*, *Interieur*, *Economie, finances et industrie*, *Equipement, transports et logement*, *Agriculture et pêche*, *Relations avec le Parlement*, *Jeunesse et sports*. Essi non hanno solo dimensioni variabili. Costituiscono anche un sistema non rigido, che consente accorpamenti e divisioni con la costituzione dei governi, a seconda dell'indirizzo del momento. Oltre che dai quattordici ministri, la struttura del governo è composta da quattordici tra *sécretaires d'Etat* e *ministres déléguées*. Anche le strutture interne, dopo l'eliminazione del Segretario generale all'inizio della quinta Repubblica, sono relativamente instabili (anche se si trovano sempre direzioni generali, sottodirezioni e uffici) (200).

Accanto e all'interno dei ministeri si trova una varietà di altre organizzazioni statali, dai comitati interministeriali alle amministrazioni di missione, alle delegazioni, ai commissariati, alle amministrazioni dette di stato maggiore. Queste ultime, in particolare, sono strutture polivalenti, di cerniera tra politica ed amministrazione; le più note sono il segretariato generale del governo e i gabinetti dei ministri (questi, apparsi durante la Restaurazione, sono un istituto che non ha e non potrebbe avere un equivalente nel Regno Unito (201)).

Alle amministrazioni statali, ministeriali e non ministeriali, fanno corona altri organismi pubblici non statali, costituiti da enti pubblici e da autorità amministrative indipendenti. Gli enti pubblici, valutati in qualche migliaio, si distinguono in *établissements*

---

strazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico comparato del diritto amministrativo, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, Milano, Giuffrè, 1994, p. 503.

(200) Sull'organizzazione ministeriale, P. SADRAN, *Le système administratif français*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 16. In generale, per un esame comparato delle strutture, comprendente Francia e Regno Unito, J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris, Seuil, 1991.

(201) P. SADRAN, *op. cit.*, p. 26.

publics administratifs-epa e in *établissements publics industriels et commerciaux*-epic, con formule intermedie. Gli enti pubblici sono posti sotto il controllo di ministeri. Ma vi sono alcuni ministeri che ne controllano molti (tra questi quello dell'economia, delle finanze e dell'industria, quello dell'agricoltura e della pesca, quello dell'educazione nazionale, della ricerca e della tecnologia), mentre altri ne controllano pochi (tra questi i ministeri della funzione pubblica, della riforma dello Stato e del decentramento, quello della gioventù e degli sport). Vi sono anche enti pubblici posti sotto il controllo congiunto di più ministeri. Le autorità amministrative indipendenti sono, invece, qualche decina e includono la *Commission des opérations de bourse*, il *Conseil de la concurrence*, la *Commission nationale informatique et libertés*, il *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, la *Banque de France*, ecc.

Se l'organizzazione centrale è eterogenea, i canali attraverso i quali passano i rapporti tra centro e periferia sono numerosi. I principali sono due, il primo politico, il secondo amministrativo. Il primo è assicurato dal *cumul des mandats*, un regime giuridico che consente di cumulare fino a tre mandati, in centro e in periferia (fino a tempi recenti, anche fino a cinque). Ciò consente a un ministro di essere sindaco di un comune, a un parlamentare nazionale di ricoprire cariche provinciali e regionali, ecc. Il secondo, invece, è assicurato dai *services extérieurs* o *services déconcentrés*, uffici decentrati dei ministeri. Attraverso questi, la metropoli governa e amministra (202), a differenza dall'amministrazione centrale inglese, tradizionalmente limitata alla direzione e al coordinamento e, quindi, *non executant* (ma lo sviluppo dei grandi servizi nazionali per assicurare il *Welfare State* ha visto affermarsi anche nel Regno Unito questo tipo di organismi).

In periferia, l'organizzazione si articola in regioni, *départements* e comuni. Le prime, in numero di ventidue (comprese quelle collocate fuori del territorio francese, nei domini e nei territori d'oltre mare), furono istituite nel 1982 e perfezionate nel 1992, ma preparate da organismi amministrativi non elettivi creati per scopi economici negli anni Settanta. I secondi, in numero di cento, e i terzi, in numero di trentaseimila (di cui il sessanta per cento con

(202) P. LEGENDRE, *Histoire*, cit., p. 166.

meno di cinquecento abitanti), risalgono, rispettivamente, alle riforme napoleoniche e ad epoca precedente.

Se si prende come misura dell'accentramento il numero dei dipendenti degli enti locali in rapporto al totale dei dipendenti pubblici, in Francia poco meno di un terzo dei dipendenti pubblici lavora nelle amministrazioni locali, mentre nel Regno Unito la percentuale sale a poco meno di due terzi (203). Ma bisogna considerare che nel numero dei dipendenti locali non sono contenuti, per la Francia, gli addetti alla sanità e che, invece, per il Regno Unito esso contiene gli insegnanti, nonostante la progressiva centralizzazione del sistema scolastico. Dunque, con queste avvertenze, la Francia presenta un notevole grado di decentramento.

Dove rimangono, accentramento e *uniformité statutaire* (204) sono attenuati. Circa il primo, un decreto del 1997 ha istituito i *services à compétence nationale*, che comprendono amministrazioni centrali e deconcentrate con funzioni a carattere nazionale di cui l'esecuzione può essere affidata a livello territoriale.

L'uniformità legale strutturale, è, a sua volta, attenuata da eccezioni disposte per legge (ad esempio, quella del 1982 su Parigi, Lione e Marsiglia o quella che attribuisce una stessa assemblea, il *Conseil de Paris*, a comune e *département* di Parigi) e da difformità funzionali, che adattano la uniformità organizzativa alla eterogeneità delle situazioni (205).

5.8. *Lo* statut de la fonction publique.

I dipendenti pubblici francesi sono circa 5 milioni e 500mila. La metà di questi dipende dallo Stato: solo l'istruzione impegna più di un milione di dipendenti. Dai comuni e dai *départements* dipendono circa 1 milione e 300mila persone. Dalle regioni solo 7mila, 850mila dal sistema sanitario, 750mila dagli enti pubblici.

Non tutti coloro che lavorano alle dipendenze di enti pubblici sono regolati da uno statuto pubblicistico. I dipendenti dagli *éta-*

---

(203) A. CLAISSE - M.C. MEININGER, *Fonctions*, cit., p. 16-17.

(204) P. SADRAN, *Le système*, cit., p. 55.

(205) In generale, F. DUPUY e J.-C. THOENIG, *L'administration en miettes*, Paris, Fayard, 1985. Sui comuni, da un punto di vista comparato, Y. MENY, *Le maire, ici et ailleurs*, in *Pouvoirs*, n. 24, 1982, p. 19 ss.

blissements publics industriels et commerciaux sono sottoposti ad un regime di diritto privato.

Il personale retto dal regime di diritto amministrativo è stato a lungo sottoposto a una disciplina dettata dall'esecutivo stesso. Più tardi, nel 1946, poi nel 1959, infine nel 1983 e nel 1984 sono state emanate leggi sulla *fonction publique*, dirette a garantire i funzionari nei confronti degli arbitrî dei superiori gerarchici e del governo.

Il regime di diritto amministrativo dei dipendenti è diverso a seconda che si applichi lo *statut générale de la fonction publique* oppure statuti particolari o speciali (206), questi ultimi relativi alla polizia, ai militari, agli *agents non titulaires* (*auxiliaires*, *contractuels*, *vacataires*).

Lo *statut* di *agent public* o di *fonctionnaire* esercita una forte attrativa, tant'è vero che i dipendenti di "France Telecom", società privatizzata, anche se in controllo dello Stato, lo hanno conservato, fino a quelli reclutati nel 2002 (207). E lo stesso è accaduto per altri organismi in posizioni similari.

L'impiego pubblico è ordinato in tre categorie, contraddistinte dalle lettere A, B e C (la categoria D, introdotta nel 1946, è stata soppressa nel 1989). Ciascuna amministrazione ha diversi gradi, che dànno la possibilità di occupare gli impiegati nei posti corrispondenti alla gerarchia fissata nello statuto. Ma *grade* e *emploi* sono separati, per cui un funzionario non ha diritto a un posto, ma, all'opposto, la soppressione del posto non comporta licenziamento del dipendente (208).

Ma la funzione pubblica presenta due elementi caratteristici. Il primo è costituito dai circa milleottocento « corpi » (209), intesi come insieme di dipendenti con stessa formazione, stessa funzione, carriera simile. Il secondo è costituito dalla sovrapposizione, alle

(206) Y. GAUDEMET, *La fonction publique*, t. 5 del *Traité de droit administratif* di A. de Laubadère, Y. Gaudemet et J.-C. Venezia, XI^e^ éd., Paris, L.g.d.j., 1998, p. 50 ss. Sullo statuto generale, il *Colloque du cinquantenaire du statut de la fonction publique*, in *Revue administrative*, 1996, n. special; si veda anche A. GUYOMARCH, *Recruitment and training in France*, London School of Economics and Political Science, The European Institute, 1996.

(207) Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., p. 19-20.

(208) A. CLAISSE - M.C. MEININGER, *Fonctions*, cit., p. 53 ss.

(209) J.-L. BODIGUEL, *Les fonctions publiques*, cit., p. 76.

diverse amministrazioni e ai diversi corpi, di una superstruttura, costituita da poche migliaia di persone, che sono una vera e propria « noblesse d'Etat ». I membri di questa superstruttura passano attraverso procedure di formazione e di reclutamento separate (attraverso l'*École national d'administration*, istituita nel 1945, con alla base gli *Instituts régionaux d'administration*, istituiti nel 1966 (210), oppure le grandi scuole di settore), e non debbono, dunque, percorrere la scala gerarchica interna delle amministrazioni. La serietà della selezione e la sua base meritocratica costituiscono una solida e incontestabile base dell'*élitisme* che così si stabilisce, attenuando il principio di anzianità. Nello stesso tempo, questa superstruttura consente una notevole mobilità interna, da amministrazione ad amministrazione (alla quale si aggiunge la circolazione esterna, con la pratica del *pantouflage*).

Da ultimo, i salari sono fondati su una *grille indiciaire* rigida, ma i livelli sono oggetto di negoziazione sindacale (circa un terzo dei dipendenti è sindacalizzato). Il rapporto tra il livello basso e quello alto della gerarchia, all'inizio del secolo da uno a venti, è ora da uno a cinque. I conflitti in materia di pubblico impiego giungono raramente agli organi giudiziari, perché sono risolti, in vario modo, nell'amministrazione (211).

5.9. *I privilegi e gli obblighi dell'amministrazione.*

Come notato, l'amministrazione francese ha privilegi, due dei quali sono i maggiori: *privilège du préalable* e *privilège de l'action d'office*. Con il *primo* si indica il potere della amministrazione di prendere unilateralmente decisioni obbligatorie. Mentre, nel diritto privato, occorre o il consenso dell'altra parte, o la verifica preventiva, da parte del giudice, delle pretese, l'amministrazione può decidere unilateralmente ed evitare di richiedere al giudice l'autorizzazione a provvedere. Per cui, rispetto al diritto privato, la situazione è rovesciata, in quanto nel diritto amministrativo spetta al

---

(210) A. CLAISSE-M.C. MEININGER, *Fonctions*, cit., p. 70.

(211) J. BELL, S. BOYRON, S. WHITTAKER, *Principles of French Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 174-175; si veda anche D. CLARK, *The Modernization of the French Civil Service: Crisis, Change and Continuity*, in *Public Administration*, vol. 76, 1998, Spring, p. 97 ss.

privato ricorrere al giudice, sobbarcarsi all'onere della prova e chiedere la sospensione dell'efficacia del provvedimento. Il *privilège du préalable* è *la règle fondamentale du droit public* (212).

Il *secondo* privilegio rompe il divieto di farsi ragione da sé e consiste nel potere di esecuzione unilaterale (*éxécution d'office* ovvero *éxécution forcée*). Peraltro, mentre il primo privilegio ha carattere generale (nel senso che si applica a tutti gli atti amministrativi, con esclusione dei soli atti di diritto privato dell'amministrazione), il secondo si applica solo in determinati casi e con particolari limiti (213). I casi nei quali si può ricorrere all'*éxécution d'office* sono tre. Il primo comprende le ipotesi in cui ciò sia previsto dalla legge. Il secondo è il caso dell'urgenza. Secondo le *conclusions* di Romieu nel caso *Societé immobilière de Saint-Just* davanti al *Tribunal des conflits*, 1902, « *quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers* ». Il terzo è il caso in cui la legge non preveda altro modo, come procedure giurisdizionali, sanzioni penali, ecc., per raggiungere lo scopo.

I limiti dell'esecuzione unilaterale sono due: che l'atto da eseguire sia legittimo; che l'esecuzione non vada oltre ciò che è necessario: « *il faut que les mesures d'éxécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immediat, à la réalisation de l'operation prescrite par la loi* » (214).

Si noti che i privilegi sono riferiti agli atti amministrativi. Ciò dipende dal fatto che la garanzia dei funzionari ha storicamente canalizzato il diritto amministrativo principalmente verso l'atto (e il suo annullamento): « *le fonctionnaire n'est rien et... son acte est tout* » (215).

Si aggiunga che questo privilegio non si applica né in materia di libertà personale, né in materia di proprietà. Non al primo caso, perché, per l'art. 66 della Costituzione, l'autorità giudiziaria ordinaria è *gardienne de la liberté individuelle*. Non alla proprietà, perché,

---

(212) C.E., Ass. 2 juillet 1982, Huglo et autres, in *Actualité juridique-Droit administratif*, 1982, p. 657.

(213) Sulla crisi della nozione di decisione esecutiva, C. LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, L.g.d.j., 1974.

(214) Così le *conclusions* Romieu, cit.

(215) M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, II ed., 1929, p. 39, su cui S. CASSESE, *La ricezione di Dicey*, cit., p. 128.

in base alla legge del 1910, *pas d'expropriation par mesure administrative* (216).

Dunque, se il diritto amministrativo francese si preoccupa, da un lato, di riconoscere all'amministrazione *règles dérogatoires au droit commun*, dall'altro, esso si interessa di *fixer des bornes à l'administration* (217).

Questi privilegi sono in parte bilanciati da alcuni obblighi ai quali è sottoposta l'attività amministrativa, obblighi stabiliti per lo più dalla giurisprudenza, che ha ravvicinato la procedura amministrativa a quella giurisdizionale (la procedura amministrativa non contenziosa a quella contenziosa, secondo la terminologia francese), applicando alla prima regole proprie della seconda.

Il primo di tali obblighi è quello che discende dal principio del diritto di difesa e dal contraddittorio, affermato dalla giurisprudenza per le sanzioni. Secondo tale principio, l'interessato deve essere messo in grado di discutere i motivi della misura che lo colpisce e l'amministrazione deve, quindi, informarlo della decisione che conta di prendere, dargli la possibilità di farsi assistere da un avvocato, comunicargli i motivi della decisione. Tali obblighi sono stati estesi, con un decreto del 1983, dalle sanzioni a tutte le decisioni sfavorevoli al destinatario.

La partecipazione degli amministrati, per informarsi, criticare e proporre, e i corrispondenti obblighi dell'amministrazione, sono previsti anche in materia di opere pubbliche con le *enquêtes publiques*. In materia, già nel XIX secolo vi erano procedure di consultazione e partecipazione per singoli settori (espropriazione, miniere, ecc.). Ma una legge del 1983 ha democratizzato le inchieste pubbliche in materia di ambiente, stabilendo regole sullo svolgimento delle *enquêtes publiques* e garantendo l'indipendenza del *commissaire enquêteur* (nominato dal presidente del tribunale amministrativo e non più dal prefetto). Una legge successiva, del 1995, ha istituito una *Commission nationale du débat public*, per le grandi operazioni di *aménagement*.

---

(216) M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, III ed., 1897, p. 562; si rinvia anche a S. CASSESE, *Une des formes de l'Etat nouveau du monde*, Réflexions sur le droit administratif français, cit., p. 169.

(217) P. LEGENDRE, *Histoire*, cit., p. 470 e p. 480.

Un altro complesso di obblighi che gravano sull'attività amministrativa è quello che riguarda la trasparenza e l'accesso ai documenti amministrativi. Due leggi del 1978, sull'informatica, le basi dati e le libertà e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, hanno stabilito il diritto di accesso dei cittadini alle informazioni che li concernono, contenute nei *fichièrs* pubblici e privati (a garanzia di esso è stata istituita la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*) e l'accessibilità dei documenti amministrativi, con l'eccezione di quelli segreti per motivi militari e diplomatici, di quelli relativi alla vita privata, quelli medici, ecc. (a garanzia la norma ha istituito la *Commission d'accès aux documents administratifs*, che controlla il rispetto di queste disposizioni e, in generale, l'accesso dei cittadini ai documenti).

L'amministrazione non deve, poi, nell'agire, produrre inconvenienti eccessivi rispetto ai vantaggi attesi, specialmente in materia di espropriazione (principio di proporzionalità introdotto dalla giurisprudenza con la teoria del bilancio costi-vantaggi) e deve motivare le decisioni sfavorevoli ai destinatari, nonché quelle che derogano a regole generali (obbligo di motivazione, stabilito da una legge del 1979 e poi esteso da una del 1986).

5.10. *Il dualismo giurisdizionale e le nuove forme di giustizia.*

Parallelamente al dualismo diritto privato-diritto amministrativo, in Francia, vi è un dualismo giudice ordinario-giudice amministrativo (218). Questo è un particolare tipo di dualismo che può definirsi paritario. Infatti, da un lato, le questioni amministrative sono tutte devolute al giudice amministrativo (219); dall'altro, i conflitti — come si noterà — sono sottoposti ad un *Tribunal des conflits*, composto in modo paritario di giudici ordinari e di giudici amministrativi (220).

---

(218) Sul dualismo giurisdizionale il *dossier* in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1990, 20 septembre, p. 579 ss.; sul tema, si veda anche l'analisi di M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 36 ss.

(219) Mentre in Italia lo sono solo quelle di cosiddetta giurisdizione esclusiva, per le altre permanendo una giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti soggettivi.

(220) Mentre in Italia il giudice della giurisdizione è la Corte di cassazione, che appartiene all'ordine giudiziario.

L'istituzione di un apposito giudice dell'amministrazione ha origine nella reazione agli interventi dei *Parlements* di Antico Regime nella sfera amministrativa. Per questo la l. 16-24 agosto 1790, all'art. 13, stabilì: « *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparés des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions* ».

Come conseguenza di questa reazione, si è sviluppato un giudice amministrativo più vicino all'amministrazione, considerato, anzi, parte dell'amministrazione, ma, nello stesso tempo, più esperto nelle questioni amministrative e più accettato dall'amministrazione.

Il riparto della giurisdizione è riservato dalla Costituzione (art. 34) alla legge ed è presidiato dal *Tribunal des conflits*, istituito nel 1872, con composizione paritaria di giudici della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Questo decide poche decine di casi per anno e deve solo indicare il giudice competente; ma, decidendo quale giudice è competente, fissa il regime giuridico applicabile al caso.

Quando si applica il diritto amministrativo, è competente il giudice amministrativo. Quando si applica il diritto privato, è competente il giudice ordinario. Ma quando si applica il diritto amministrativo? Ritorna qui il problema, già esaminato, del *service public*, che ha costituito per lungo tempo il criterio unico di identificazione del regime giuridico applicabile e del giudice competente. Sopravvenuta la crisi della nozione, oggi non c'è un criterio unico, e il legislatore tenta di risolvere il problema con il criterio dei *blocs de competence*, riservate all'uno o all'altro giudice.

Come già notato, vi sono, però, materie rimesse al giudice ordinario o in base a tradizioni o norme antiche (è il caso della libertà personale e della proprietà), oppure in base al carattere economico-privatistico dei servizi (è il caso dei servizi pubblici in gestione privatistica, che utilizzano il codice civile).

L'organizzazione dei giudici amministrativi è articolata su tre livelli (salvo le giurisdizioni amministrative specializzate): *Conseil d'Etat*, corti amministrative d'appello, tribunali amministrativi.

Il *Conseil d'Etat* (221), istituito — come già notato — nel 1799, è stato caratterizzato storicamente da una forte continuità, nonostante i molti alti e bassi: potente, ma specialmente come organo che collaborava alla legislazione, durante il primo Impero, conobbe il riflusso della Restaurazione, vide una ripresa con la Monarchia di luglio, ebbe il suo apogeo con il secondo Impero, vide, durante la terza Repubblica, declinare il proprio potere nel campo legislativo, mentre, invece, si sviluppava il proprio ruolo contenzioso.

È articolato in sei sezioni, una del contenzioso, articolata, a sua volta, in sottosezioni; quattro consultive; una detta del rapporto e degli studi. I componenti del Consiglio di Stato sono circa trecento, un terzo dei quali distaccati all'esterno. Lo presiede il Ministro di giustizia, ma, di fatto, il vice-presidente. I presidenti di sezione sono sei, circa centoventi i consiglieri, circa centocinquanta i *maîtres des requêtes*, circa venti gli *auditeurs*.

Si accede al *Conseil d'Etat* attraverso l'*Ecole nationale d'administration*-Ena, ma tra un terzo e un quarto dei componenti è nominato dal governo.

Lo « status » dei componenti del *Conseil d'Etat* non è quello di magistrati. Ed essi hanno poche garanzie fissate dalla legge. Ma una convenzione costituzionale-amministrativa riconosce, di fatto, molte garanzie ai componenti del corpo. Essi fanno la loro carriera per anzianità, salvo che i presidenti di sezione e il vice-presidente, che sono nominati dal governo.

A conferma dell'importanza d'origine dell'*administrateur-juge*, per cui giudicare l'amministrazione è anch'esso amministrare, il *Conseil d'Etat* svolge funzioni consultive per l'amministrazione, funzioni che hanno notevole rilevanza pratica, come è dimostrato dal numero di pareri resi (2000-2500 per anno) e dalla autorevolezza che è ad essi riconosciuta.

Il *Conseil d'Etat*, come giudice, svolge tre funzioni. La prima è una funzione giurisdizionale di primo grado: essa, dopo l'istituzione dei tribunali amministrativi, è un'eccezione, essendo limitata agli atti più importanti del governo. La seconda è una competenza d'appello, ridotta dopo il 1987 (a causa della istituzione delle Corti ammini-

(221) Sul *Conseil d'Etat* il testo più aggiornato è J. MASSOT e T. GIRARDOT, *Le Conseil d'Etat*, Paris, La Documentation française, 1999.

strative di appello) a poche materie, come quella delle elezioni locali. La terza è quella più ampia, e consiste in una competenza di cassazione, su questioni di diritto.

Il giudizio dinanzi al *Conseil d'Etat* presenta due particolarità. La prima è la presenza del *commissaire du gouvernement*, che non è il rappresentante dell'amministrazione, ma tira le conclusioni su tutte le questioni e propone una soluzione in seduta pubblica. La seconda è il numero ristretto di avvocati ammessi alla difesa dinanzi al *Conseil d'Etat* e alla *Cour de cassation*, circa 90, oltre a circa 20 *sociétés civiles professionnelles* (222).

Le *Cours administratives d'appel*, istituite — come già detto — nel 1987, sono sette. Sono presiedute da un consigliere di Stato e svolgono solo funzioni giurisdizionali.

I tribunali amministrativi (già consigli di prefettura) sono 27 (più otto nei territori e domini d'oltre mare) e svolgono anche funzioni consultive, sia pur più limitate, oltre che funzioni giurisdizionali.

Infine, un *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* opera come organo di garanzia dell'indipendenza e della inamovibilità dei giudici dei due ultimi organi.

I ricorsi che possono essere presentati ai giudici amministrativi sono di due tipi: *pour excès de pouvoir* e *de pleine juridiction* o *de plein contentieux*, il primo diretto ad ottenere l'annullamento di un atto amministrativo, il secondo ad ottenere una condanna al pagamento da parte dell'amministrazione per responsabilità.

Quanto all'oggetto, il controllo giurisdizionale si estende a tutti gli atti del potere esecutivo, inclusi i regolamenti e gli *actes de gouvernement* (con la esclusione di quelli di rilievo costituzionale e internazionale, come già notato). Si può dire che non vi sia stato capitolo importante della storia francese che non abbia avuto un risvolto giurisdizionale dinanzi al *Conseil d'Etat*; basti pensare all' *arrêt Canal* (1962) legato ai fatti d'Algeria, all'*arrêt Barel* (1954) legato alla guerra fredda e al maccarthysmo e alle decisioni legate agli avvenimenti del maggio-giugno 1968.

Il controllo svolto dal giudice amministrativo è molto ampio:

---

(222) Sul *Conseil d'Etat*, J.P. COSTA, *Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine*, Paris, Economica, 1993 e il testo già cit. di J. MASSOT e T. GIRARDOT.

quello sull'*éxcès de pouvoir* « ha assicurato gradualmente una verifica della discrezionalità amministrativa qualitativamente più intensa di quella che in altri ordinamenti sia dato riscontrare » ([223]).

Il giudice amministrativo controlla l'erroneità del motivo, l'esattezza del motivo in fatto, la veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione, la qualificazione giuridica dei fatti, l'errore manifesto di valutazione, la proporzionalità, la violazione di legge, ecc.

Il giudice amministrativo annulla, ma non ordina la reintegrazione. Spetta alla amministrazione di adeguarsi, a pena di commettere una illegalità. Per questo motivo, le decisioni del giudice amministrativo sono state spesso considerate, in passato, platoniche (specialmente quelle riguardanti gli enti locali). Per porre rimedio a questo stato di cose, sono stati introdotti, nel 1980, le *astreintes* e, nel 1995, un potere di ingiunzione. Con le prime, il giudice condanna al pagamento di una somma di denaro. Con il secondo, il giudice ingiunge di assicurare l'esecuzione della decisione e prescrive le misure che la pubblica amministrazione deve prendere.

Nel 1995 l'edificio della giustizia amministrativa francese è stato ulteriormente completato con la tutela cautelare (sospensione provvisoria delle decisioni amministrative in caso di urgenza). Il *sursis à exécution* è ammesso a condizione che l'esecuzione dell'atto amministrativo comporti un pregiudizio non riparabile e che esista un serio fondamento a giustificazione dell'annullamento (ciò che costringe a delibare il merito). La decisione in sede cautelare non ha autorità di cosa giudicata e il giudice, successivamente, può decidere nel merito in modo diverso.

Il giudice amministrativo può ordinare altre misure provvisorie, come il *constat d'urgence*, fatto da un esperto, per lo più per salvaguardare una prova, e il *référé*, consistente nella prescrizione di misure di istruzione.

In conclusione, il giudice amministrativo assicura una tutela efficace, nella quale, però, vi sono inconvenienti. Tra gli aspetti positivi, vanno citati il duplice ruolo del giudice amministrativo, di giudice di singoli casi e di strumento di orientamento generale della pubblica amministrazione (questa ultima funzione svolta sia grazie al duplice ruolo del giudice, sia grazie alle *conclusions* dei *commissaires*

([223]) M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 42.

du gouvernment) e l'ampliamento progressivo della tutela, che è divenuta più efficace di quella che avrebbe assicurato il giudice ordinario (224).

Tra gli aspetti negativi, invece, vanno menzionati l'ipertrofia e il sovraccarico, una certa reverenza rispetto al potere esecutivo (225) e la permanenza di zone di *non-droit*, confinanti con il diniego di giustizia (226).

L'analisi della giustizia amministrativa, intesa in senso ampio, non sarebbe completa se non si menzionassero i crescenti interventi dei giudici penali (basti ricordare quelli che hanno condotto all'apertura di procedure penali a carico di prefetti), la ricerca di modi alternativi di regolare i conflitti con l'amministrazione (ricorsi amministrativi, arbitrati, mediazioni, conciliazioni, transazioni) (227) e l'introduzione, nel 1973, del *médiateur*, *magistrature d'influence*, il cui titolare è nominato dal governo, si vale di propri uffici decentrati ed esamina, ma senza poteri di decisione, ricorsi dei cittadini.

Per un quadro d'insieme aggiornato dell'amministrazione e del diritto amministrativo francesi, si possono leggere il fascicolo della *Documentación administrativa* spagnola dedicato al diritto amministrativo francese (228), il fascicolo su *le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation*, di *Actualité juridique — Droit administratif* (229) e il volume pubblicato per il congresso dell'*Institut International des Sciences Administratives* di Parigi, 1998 (230). Ma una lettura d'obbligo è costituita dagli studi inglesi, nei quali si può trovare un misto di critica e di ammirazione, insieme con un'ottica molto insulare, che del diritto amministrativo considera solo la giustizia amministrativa. Nella

(224) S. CASSESE, *« Une des formes de l'Etat nouveau du monde ». Refléxions sur le droit administratif français*, cit., p. 168-169.

(225) A. MARION, *Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remedier*, in *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 21 ss.

(226) D. LOSCHAK, *Le droit administratif, rempart contro l'arbitraire?*, in *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 43 ss.

(227) Su questo tema J.-F. BRISSON, *Régler autrement les litiges administratifs: les recours gracieux et hierarchiques, voie alternative de protection des administrés*, in *Revue du droit public*, 1996, mai-juin, p. 793 ss. e il *dossier* su « les modes alternatifs de règlement des litiges », in *Actualité juridique-Droit administratif*, 1997, 20 janvier, p. 3 ss.

(228) N. 239, 1994, julio-septiembre.

(229) 1995, 20 juin.

(230) F. GALLOUEDEC - GENUYS (a cura di), *A propos de l'administration française*, Paris, La Documentation française, 1998.

principale di queste opere gli autori così illustrano vantaggi e meriti del sistema francese: « *the simple and coherent system of administrative liability, the concepts which organise the law of contracts, and above all the subtle and nuanced system of principles governing judicial review of administrative discretion... The genius of those who have shaped the « droit administratif » was to have anticipated this development in France by nearly two centuries* » (231).

Il limite dell'attenzione per la *judicial review* è anche degli studi nordamericani del diritto amministrativo francese (232).

6. *Il diritto amministrativo nel Regno Unito alla fine del XX secolo.*

6.1. Ministerial responsibility *e* partisan neutrality *della burocrazia.*

L'innesto costituzionale dell'amministrazione inglese discende dall'affermazione precoce della *parliamentary sovereignty*. La *glorious revolution* del 1688 e i successivi sviluppi del XIX secolo, con i progressivi allargamenti del suffragio, portano in primo piano il Parlamento in una fase precedente allo sviluppo di apparati amministrativi delle dimensioni che oggi conosciamo. Alla sovranità parlamentare fa riscontro la *ministerial responsibility* del governo e, dunque, la burocrazia rimane come nascosta dietro il governo, come una *faceless figure* anonima.

La struttura costituzionale appena delineata produce un risultato particolare, di cui è difficile trovare l'equivalente altrove. Infatti, da questa discendono, da un lato, una rigida separazione tra politica ed amministrazione; dall'altro, la *partisan neutrality* della burocrazia.

La separazione tra politica ed amministrazione richiede il distacco della burocrazia dalla politica, sancito dalle convenzioni costituzionali e riconosciuto dal *Masterman Report* (1949) e dall'*Armitage Report* (1978). I *civil servants* non possono essere candidati ad elezioni politiche nazionali o europee, non possono esprimere opinioni politiche in pubblico o appoggiare candidati, possono partecipare alla vita politica locale solo su autorizzazione (ciò vale

(231) L.N. Brown-J. Bell, *French Administrative Law*, cit., p. 304-305.

(232) B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York Univ. Press, 1954, anch'esso dedicato in larghissima parte a *judicial review* e *liability of the State*.

per l'impiego pubblico che si può definire statale, e per i gradi più alti; queste regole convenzionali si attenuano se si scende più in basso e si passa ai dipendenti locali).

Questa separazione comporta l'imparzialità dell'amministrazione, ma in un senso diverso da quello in cui si intende il termine in Italia o in Francia. Il dipendente pubblico deve servire lealmente il governo in carica, di qualunque orientamento esso sia, prendendo la sua parte, consigliandolo ed eseguendone le decisioni nell'interesse del partito che è al governo (salvo fare lo stesso, più tardi, con un altro partito). Ciò che si chiama *partisan neutrality*.

I due aspetti (la separazione tra burocrazia e politica e la *partisan neutrality* della burocrazia) vanno di pari passo, perché la prima è in funzione della seconda: un *civil servant* che manifestasse pubblicamente le proprie opinioni politiche non sarebbe più in grado di servire, indifferentemente, l'uno o l'altro ministro.

Questo ruolo che potrebbe apparire minore della burocrazia, riassunto nell'espressione *yes, minister*, è, però, compensato da due contrappesi. Il primo è l'assenza di « cuscinetti » o intermediari, tra livello politico e livello amministrativo: nel Regno Unito non vi sono e non potrebbero esservi gabinetti dei ministri, composti di personale tecnico e politico di fiducia di ciascun ministro. Il secondo è il prestigio di cui gode il *civil service*, la cui opera è, di regola, richiesta ed apprezzata.

Pur con questi contrappesi, però, l'equilibrio così stabilito sarebbe precario se esso non si innestasse su un ordinamento che ha tradizionalmente distinto *policy* da *management*, nel senso che non ha affidato ai vertici politici compiti esecutivi. Per cui la collaborazione tra ministro e *civil servant* si svolge su questioni di indirizzo, non di gestione (233).

La distinzione è stata accentuata con la costituzione delle *Agencies* centrali, con la diffusione del *Contracting-out* di servizi pubblici e con il *New public management*, che hanno accentuato la separazione tra attività di governo e gestione pubblica (234).

---

(233) J. Jowell e D. Oliver, *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon, III ed., 1994.

(234) Sulle tendenze dell'amministrazione dopo le riforme Thatcher e il *New Public Management*, P. Self, *Government by the Market? The Politics of Public Choice*,

6.2. *Il ruolo limitato dell'elemento giuridico.*

Il personale amministrativo di formazione legale è stato diffuso fino al XVII secolo. L'eclisse cominciò con il declino del *political patronage* e fu rafforzata dalla distinzione delle professioni legali in due categorie, *solicitors* e *barristers*. « *By the end of the nine-teenth century, legally trained civil servants were rapidly disappearing in the administrative élite* » (235). Attualmente, i *civil servants* con preparazione giuridica sono una percentuale irrisoria (calcolata al quattro per cento nel 1970 (236)).

Questo limitato numero di dipendenti pubblici giuristi svolge funzioni specificamente giuridiche, nei *legal offices*, a differenza dei paesi dove prevale lo *Juristenmonopol* e le persone con formazione giuridica svolgono il ruolo di generalisti. Quest'ultimo è svolto, nel Regno Unito, da persone senza una preparazione specialistica o specifica, e, quindi, da persone, per lo più provenienti da Oxford e da Cambridge, con preparazione in letterature classiche, filosofia, scienza politica.

Al ruolo secondario della formazione giuridica fa riscontro uno sviluppo limitato della stessa cultura giuridica amministrativa. Il diritto inglese non presenta, nel campo amministrativo, l'ampiezza e il livello di sofisticazione di quello francese. Esso si concentra principalmente sull'*administrative justice* (e cioè sull'attività amministrativa in forme semicontenziose) e sulla *judicial review* (e cioè sulla giustizia amministrativa), concedendosi qualche attenzione sporadica per altri temi come *public corporations* e *local government*. Sono mancate, dunque, l'opera di sistemazione e ordinatrice della cultura giuridica e quella del giudice *ad hoc*.

Il mancato sviluppo della cultura giuridico-amministrativa è,

---

Basingstoke, Macmillan, 1993; G. JORDAN, *The British Administrative System: Principles Versus Practice*, London, Routledge, 1994; O.E. HUGHES, *Public Management and Administration: an Introduction*, London, Macmillan, 1994; sulle recenti riforme costituzionali e amministrative, R. HAZELL, *Reinventing the Constitution: Can the State Survive?*, in *Public Law*, 1999, spring, p. 84 ss.

(235) J.A. ARMSTRONG, *The European Administration Elite*, Princeton, Princeton University Press, 1973, p. 161.

(236) Y. MENY, *Istituzioni e politica*, cit., p. 465; dello stesso autore, *Amministrazioni pubbliche e ordinamento europeo*, in L. VANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994, p. 245 ss.

però, in relazione anche con la tendenza inglese a rispettare le culture amministrative locali, senza imporvi regole più generali. Il campo nel quale questo fenomeno è stato più evidente è quello coloniale: nei suoi vasti domini, il Regno Unito ha imposto una *indirect rule*, limitandosi a governare, senza modificare i rotismi delle tradizioni, delle norme e delle strutture amministrative locali (237).

6.3. *Dalla* rule of law *al riconoscimento del diritto amministrativo.*

Se l'elemento giuridico ha un ruolo limitato nell'amministrazione, il diritto amministrativo è stato, fino a tempi recenti, addirittura sconosciuto. Fondato sul principio del monismo sia giuridico, sia giudiziario, l'ordinamento inglese non poteva riconoscere l'esistenza di un diritto separato, con principi propri. E, d'altra parte, l'assenza di giudici *ad hoc* contribuiva a rafforzare il carattere unitario del diritto.

Il sistema costituzionale era dominato, per Dicey, dalla *rule of law*, alla quale egli attribuiva tre significati: che lo Stato non ha poteri speciali; che i dipendenti pubblici sono personalmente responsabili; che i giudici ordinari sono competenti a giudicare i dipendenti pubblici e la loro attività (238). Insomma, per Dicey la *rule of law* è il bastione che si erge contro il diritto amministrativo, è in funzione della negazione del diritto amministrativo, perché comporta che tutti siano sottoposti allo stesso diritto e allo stesso giudice (239).

E se è vero che i tentativi recenti di dare un contenuto preciso alla *rule of law*, allontanandosi da Dicey, non sono stati coronati da successo (240), è vero altresì che anche i passi in direzione opposta al vecchio sistema sono

---

(237) Sull'*indirect rule* è interessante lo scritto di un non-giurista quale B. MALINOWSKI, *The Dynamics of Cultural Change* (1945), New Haven (Ct), Yale University Press, 1961. Malinowski osserva che l'*indirect rule* comporta un riordino della sovranità, delle fonti del potere esecutivo e del sistema finanziario. Per il resto è fondato sulla collaborazione e sulla divisione del lavoro tra autorità locale e controllo della forza dominante.

(238) C. HARLOW-R. RAWLINGS, *Law and Administration*, London, Butterworths, II ed., 1997, p. 39-40.

(239) A.V. DICEY, *Introduction*, cit., p. 187-196.

(240) C. HARLOW-R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 65. Si veda anche

stati fatti con criteri ispirati alla concezione monistica. L'art. 2 della legge del 1947 che sopprime l'immunità della Corona dispone che essa è sottoposta al regime di responsabilità che ad essa sarebbe applicabile se fosse una persona privata, maggiorenne e pienamente capace.

Il più importante risultato dell'attività delle corti inglesi nel XX secolo, secondo Lord Diplock, è il riconoscimento del diritto amministrativo (241). Nella famosa decisione O'Reilly v Mackman, del 1983 (242), Lord Diplock scrive: « *the appreciation of the distinction in substantive law between what is private law and what is public law has itself been a late-comer to the english legal system. It is the consequence of the development that has taken place in the last 30 years of the procedures available for judicial control of administrative action* » (243).

Come ha osservato un dipendente pubblico inglese, « *it is no longer permitted to say that we have no administrative law, but most british administrators would find difficult to say what it is* » (244).

La questione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e dell'esistenza di un diritto amministrativo come ramo separato continua ad essere discussa. Ed anche chi l'accetta afferma che si tratta di « *definition without distinction* » (245), che non c'è un

---

J. JOWELL, *The Rule of Law Today*, in J. Jowell e D. Oliver (a cura di), *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon Press, III ed., 1994, p. 57.

(241) In A.C., 1982, 167, cit. da M.P. CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla common law al droit administratif?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1990, n. 4, p. 546.

(242) 2AC 236, p. 279.

(243) Sugli sviluppi del diritto amministrativo inglese, LORD SCARMAN, *The Development of Administrative Law: Obstacles and Opportunities*, in *Public Law*, 1990, winter, p. 490 ss.; G. BORRIE, *The regulation of Public and Private Power*, *ivi*, 1990, winter, p. 552 ss.; N. BAMFORTH, *Reform of Public Law: Pragmatism or Principle?*, in *Modern Law Review*, n. 58, 1995, september, n. 5, p. 722 (specialmente sulla *judicially-led transformation*); C. HARLOW, *Back to Basics: Reinventing Administrative Law*, in *Public Law*, 1997, summer, p. 245 ss.

(244) C.H. SISSON, *The Spirit of British Administration*, London, Faber, 1959, p. 49.

(245) C. HARLOW, *"Public" and "Private" Law: Definition Without Distinction*, in *Modern Law Review*, 43, 1980, n. 3, may, p. 241 ss.; si vedano anche i seguenti altri scritti: H. WOOLF, *Public Law-Private Law: Why the Divide? a Personal View*, in *Public Law*, 1986, summer, p. 220 ss.; L. BEATSON, *"Public" and "Private" in English Administrative Law*, in *Law Quarterly*, n. 103, 1987, january, p. 34 ss.; D. OLIVER, *The Frontiers*

corpo di regole interamente autonome e separate dal diritto privato. La divisione — si osserva — riguarda principalmente le azioni esperibili e la procedura di controllo giurisdizionale dell'amministrazione, dopo l'affermazione della *rule of exclusivity* (per cui l'*application for judicial review* è rivolta ad una divisione specializzata dell'*High Court*), ma non riguarda altri campi, come i contratti o la responsabilità (246).

Il riconoscimento pieno del diritto amministrativo nel Regno Unito urta, in realtà, contro due ostacoli. Il primo deriva dal fatto che il diritto inglese è, in larga misura, *judge-made law* e che l'assenza di un giudice specializzato si riflette sull'affermazione del campo del diritto relativo. Il secondo deriva dal fatto che un corpo tendenzialmente coerente e dotato di principi propri è visto dal governo come una limitazione del suo potere e dal Parlamento come una negazione della sua sovranità legislativa, che lo stesso governo ha interesse a proteggere, perché, in quanto padrone della maggioranza parlamentare, controlla il Parlamento e si vale di questa posizione (247). Si può dire, dunque, che le difficoltà dell'affermazione del diritto amministrativo discendono anche dal sistema costituzionale inglese: nei paesi nei quali c'è minore continuità e più dialettica Parlamento-governo, il Parlamento è stato più pronto a dettare norme di controllo del governo e della pubblica amministrazione e a sviluppare, quindi, il diritto amministrativo.

Paradossalmente, l'enfasi maggiore della distinzione diritto pubblico-diritto privato interviene, nel Regno Unito, con le privatizzazioni successive al 1979. Queste, per un verso, attirano l'attenzione sulle differenze tra proprietà pubblica e proprietà privata; per l'altro verso, nel settore delle *public utilities* conducono ad uno sviluppo della *regulation* e, quindi, sostituiscono alla proprietà pubblica la proprietà privata limitata dal diritto amministrativo.

---

of Public Law, in *Public Law*, 1993, spring, p. 2 ss.; LORD WOOLF of BARNES, *Droit Public - English Style*, *ivi*, 1995, spring, p. 57 ss.; G. DREWRY, *Public Law*, in *Public Administration*, 73, 1995, spring, p. 41 (tr. it., in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1996, n. 3, p. 385 ss.).

(246) C. HARLOW e R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 7-9; nel senso che il diritto pubblico inglese ha ormai propri principi oltre ad un proprio giudice, M. LOUGHLIN, *The Development of Public Law in the United Kingdom*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 621 ss. (ma spec. p. 639).

(247) LORD SCARMAN, *The Development*, cit., p. 493.

Tutte queste difficoltà e incertezze si riflettono anche sullo sviluppo scientifico del diritto amministrativo in almeno due modi. Da un lato, il diritto amministrativo incontra difficoltà a rompere il cordone ombelicale con il diritto costituzionale: basti dire che la maggior parte dei manuali riguarda, insieme, il diritto costituzionale e quello amministrativo. Dall'altro, come già notato, il diritto amministrativo si interessa della patologia dell'amministrazione (della giustizia amministrativa), piuttosto che della ricostruzione dei principi e dei concetti del settore (248).

È stata di recente affacciata la tesi (249) che la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico sarebbe, nel Regno Unito, frutto di un trapianto insoddisfacente per la diversità del contesto rispetto alla Francia. Quest'ultima avrebbe avuto una teoria dello Stato, una concezione dell'amministrazione come corpo separato retto da principi speciali, una concezione « categorical » del diritto, una particolare forma di separazione dei poteri e procedure giudiziarie « inquisitorial ». In Inghilterra, invece, la centralizzazione sarebbe limitata e giunta in ritardo, la teoria giuridica avrebbe avuto altri sviluppi, la concezione del diritto è « remedial », il sistema giudiziario è indipendente, ecc. Questo tipo di analisi, pur avendo il merito di porre il diritto nel suo contesto, ha il difetto di ipostatizzare il contesto, come se non si fosse formato anch'esso a pezzi e bocconi.

6.4. *Un centro frammentato e una periferia sotto controllo centrale.*

L'amministrazione centrale inglese non è stata mai conformata con preoccupazioni di uniformità. Essa è oggi composta di una varietà di corpi e strutture, spesso difficilmente classificabili e per questo raggruppate in famiglie che costituiscono concetti-ombrello.

La complessità dell'amministrazione discende in parte dalla complessità del governo, che non ha una struttura fissa, ma è oggi composto di venti *members of the cabinet*, di trenta *ministers not in the cabinet* e trentasei *junior ministers*.

Al centro dell'apparato statale stanno 14 grandi apparati con a capo un ministro, ma denominati in modi diversi: *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, *Cabinet Office* (in cui è stato fuso

(248) D.J. GALLIGAN, *Judicial Review and Textbook Writers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1982, summer, n. 2, p. 257 ss.

(249) J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law*, cit.

l'*Office of Public Service*), *Department for Culture, Media and Sport*, *Ministry of Defence*, *Department for Education and Employment*, *Department of the Environment*, *Transport and the Regions*, *Foreign and Commonwealth Office*, *Department of Health*, *Home Office*, *Department for International Development*, *Lord Chancellor's Department*, *Department of Social Security*, *Department of Trade and Industry*, *Her Majesty Treasury*.

Accanto a queste strutture portanti, vi sono una decina di *non ministerial Departments*, comprendenti i vari uffici di controllo delle *public utilities* (*electricity*, *gas*, *rail*, *telecommunications*, *water*), l'*Office of Fair Trading*, l'*Office for Standards in Education*, l'*H.M. Customs and Excise*, il *Board of Inland Revenue*, la *Forestry Commission*.

Vi sono, poi, autorità indipendenti, come la *Monopolies Commission*, la *Commission for Racial Equality*, la *Civil Aviation Authority* e circa centocinquanta *agencies* (definite, dal nome del programma con cui si iniziò a costituirle, *next steps agencies*), che hanno alle loro dipendenze circa trecentottantamila persone. Tra queste *agencies* vi sono istituzioni come il *Central Office of Information*, l'*Intervention Board*, l'*H.M. Land Registry*, l'*Office for National Statistics*, il *Public Record Office* (250).

Se i rapporti tra centro e periferia, nella prima metà del XIX secolo, erano caratterizzati, come già notato, dal fatto che il centro governava, la periferia amministrava, per cui, secondo un'antica espressione, gli inglesi potevano amministrarsi stando sulla porta di casa, nella seconda metà di quel secolo, ma specialmente in quello successivo, si è registrato un continuo progresso dell'accentramento, da cui è caratterizzato ancor più l'ordinamento attuale.

In *primo* luogo, in un sistema nel quale, se la decisione era centrale, l'esecuzione era locale, si sono andati costituendo *field offices*, non molto diversi dai *services extérieurs* dell'amministrazione francese.

---

(250) Sulla complessa organizzazione centrale inglese, B.W. HOGWOOD, *Les familles de Whitehall: les administrations centrales et les types d'agences en Grande-Bretagne*, in *Revue internationale de science administrative*, 1995, n. 4, p. 587 ss.; il n. su *the Quango Debate* di *Parliamentary Affairs*, 48, 1995, April, n. 2, p. 181 ss.; *Public Bodies 1996*, London, H.m.s.o., 1996.

In *secondo* luogo, nonostante il gran parlare di regionalismo, solo la Scozia ha una struttura regionale piena, seguita da una più attenuata autonomia del Galles. L'Inghilterra vera e propria, sia pur divisa in sette aree regionali a fini economici, rimane una struttura unitaria. Dunque, il regionalismo rimane un elemento periferico del sistema, limitato a quelle parti che, per ragioni storiche o linguistiche, hanno sempre avuto forte identità autonoma.

In *terzo* luogo, la riforma del 1972, attuata nel 1974 e modificata nel 1985, ha ridotto i millecinquecento poteri locali precedenti in circa quattrocento enti di maggiori dimensioni (quarantasette contee, divise in circa trecento distretti, salvo altri organismi come *boroughs* e *parishes*) (251). Nessun paese con un forte radicamento delle autonomie locali, nemmeno la Francia (che pur ne avrebbe bisogno, per il numero eccessivo di *collectivités locales*), ha sperimentato una così radicale riforma, decisa dall'alto, con la riduzione a un terzo dei poteri locali.

Il numero dei dipendenti locali sul totale dei dipendenti pubblici, costituito — come già notato — da circa due terzi (ma esso comprende gli insegnanti, mentre l'accentramento del sistema scolastico, dopo l'introduzione del *national curriculum* dovrebbe portare ad escluderli), comparato con quello di altri paesi, come la Francia, e con il punto di partenza del Regno Unito, conferma queste conclusioni (252).

6.5. *I dipendenti pubblici e i* civil servants.

I dipendenti pubblici britannici sono circa 6 milioni, dei quali i *civil servants* sono una piccola parte (circa 100mila, dopo che altri circa 380mila sono passati alle dipendenze delle *agencies* dove si svolgono le attività operative centrali). I settori dove è maggiore il numero dei *civil servants* sono *Social Security*, *Inland Revenue*, *H.M. Prison Service*, *Department for Education and Employment*, *Customs and Excise*. La restante parte del personale dipende da enti locali (tra

(251) Y. MENY, *Istituzioni e politica*, cit., p. 436.

(252) Sull'organizzazione periferica, C. GRAY, *Government Beyond the Centre: Subnational Politics in Britain*, London, Macmillan, 1994, che distingue quattro categorie di organismi periferici: *local government*, *National Health Service*, *regional and local outposts of the centre*, *quangos*.

questi, numerosi gli insegnanti), dal *National Health Service*, con statuti diversi, e dalla polizia.

Lo stesso statuto dei *civil servants* è, in realtà, costituito da un insieme di discipline diverse e incerte su molti punti. Anzi, il *civil service* non ha una definizione precisa: il termine include i *servants of the Crown* che non fanno parte della categoria dei militari.

I *civil servants* sono sottoposti a poche leggi. Per il resto, su di essi si esercita la *royal prerogative*, cioè il residuo potere discrezionale della Corona, che è esercitato attraverso *Orders in Council*, *Regulations*, *Instructions*, *Circulars* e cioè a mezzo di atti dell'esecutivo, emanati dal Primo ministro, dal *Minister for the Civil Service* o dal *Treasury*. Salari e condizioni di lavoro sono determinati a mezzo di negoziazione (253).

A differenza dai pochi gradi francesi, il *civil service* comprende ben dodici gradi gerarchici e mestieri diversi, che vanno dal *Social Security Group* al *Professional and Technology Group*, all'*Administration Group*.

La parte più interessante è quella costituita dai primi sette gradi (al vertice dei quali è posto il *Permanent Secretary*, diretto collaboratore del ministro), che sono ordinati in una struttura aperta, a carattere interministeriale. In questa struttura l'accesso è, in principio, non settoriale, ma interministeriale e le procedure di reclutamento sono svolte sotto il controllo di un organismo che deve garantire la neutralità della selezione, fatta secondo il merito (*Civil Service Commission*, poi *Office of Civil Service Commissioner*) (254).

Le ragioni del successo del *civil service* stanno in un insieme di elementi. Innanzitutto, nel numero ristretto del personale con questa

---

(253) Sul *civil service* inglese, G. FRY, *Policy and Management in the British Civil Service*, London, Prentice Hall-Harvester Wheatsheaf, 1995, spec. p. 5-6, dove è riportata l'osservazione di Lord Balfour (1928) secondo cui Corona e *civil service* sono i due elementi della Costituzione inglese « able to mitigate the stresses and strains inseparable from party warfare »; K. THEAKSTON, *Continuity, Change and Crisis: the Civil Service since 1945*, in *Public Policy and Administration*, 10, 1995, autumn, n. 3, p. 45 ss.; M. FREEDLAND, *Contracting the Employment of Civil Servants - a Transparent Exercise?*, in *Public Law*, 1995, summer, p. 224 ss.. Sugli alti funzionari, P. BARBERIS, *The Élite of the Élite: Permanent Secretaries in the British Higher Civil Service*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

(254) A. CLAISSE-M.C. MEININGER, *Fonctions*, cit., p. 55-56 e 69.

qualifica. Poi, in secondo luogo, nel reclutamento fatto in base al merito e da una platea vasta di persone, ciò che consente l'accesso di diverse specialità, a differenza di altre amministrazioni pubbliche, dominate da persone con formazione giuridica. In terzo luogo, nella tradizione di anonimato, riservatezza ed astensione dalla partecipazione pubblica alla politica, di cui si è già detto.

Ciò non vuol dire che non si affaccino periodicamente proposte di riforma, come quelle elaborate dal rapporto Fulton (1968) o quella di contrattualizzare un rapporto che rimane ancora sottoposto al potere unilaterale dell'esecutivo, che giunge fino al *prerogative power of dismissal at will* (255).

6.6. *Poteri e obblighi della pubblica amministrazione.*

Mentre in un ordinamento come quello francese al centro del diritto amministrativo sta l'atto amministrativo, questo gioca un ruolo minore nel diritto amministrativo inglese. Il motivo, già affacciato e sul quale si tornerà, è che la giustizia amministrativa francese, non potendo colpire il funzionario, a causa della sua (relativa) immunità iniziale, ha sviluppato la teoria dell'atto come oggetto del suo intervento. Il controllo giudiziario dell'amministrazione inglese si è visto, invece, per lungo tempo, preclusa la strada per attaccare la Corona, e si è, quindi, sviluppato senza porre al suo centro la teoria dell'atto amministrativo, che è il grande assente del diritto amministrativo inglese.

Ciò non vuol dire che il diritto amministrativo inglese non preveda un potere di azione unilaterale, che, però, non è riferito all'atto, e non è istituzionalizzato (256). Vi sono, quindi, anche nel

---

(255) Sull'argomento c'è una ricca letteratura, tra la quale si veda, in particolare: C. CHARLOT, *L'énarchie à l'anglaise*, Presses Universitaires de Lille, 1989; S. FREDMAN e G. S. MORRIS, *The State as Employer - Labour Law in the Public Services*, London, Mansell, 1989; House of Commons, *Treasury and Civil Service Committee - Fifth Report: the Role of the Civil Service*, I, Session 1993-1994, London, Hmso, 1994; The Civil Service, *Continuity and Change*, London, Hmso, july 1994; R. PYPER, *The British Civil Service*, London, Prentice Hall-Harvester Wheatsheaf, 1995; G. FRY, *Policy and Management in the British Civil Service*, London, Prentice Hall-Harvester Wheatsheaf, 1995; K. DOWDING, *The Civil Service*, London, Routledge, 1995; K. THEAKSTON, *The Civil Service since 1945*, Oxford, Blackwell, 1995.

(256) M. LEFEBVRE, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, Paris, L.g.d.j., 1961.

Regno Unito ingiunzioni, ispezioni con accesso coattivo, sequestri, ordini di demolizione, ecc. disposti dalla pubblica amministrazione e da essa eseguiti in caso di non ottemperanza del privato.

I poteri unilaterali di cui si è detto hanno la loro fonte nella *royal prerogative*, e in apposite leggi. La prima, che non è, però, sottratta al controllo giudiziario, consente l'esercizio di poteri unilaterali nei rapporti internazionali. A causa dell'assenza di un principio di separazione dei poteri, infatti, l'esecutivo dispone di tutti i poteri dello Stato, salvo quelli che gli sono stati espressamente sottratti, come i poteri unilaterali in materia di libertà personale.

Leggi specifiche attribuiscono all'amministrazione pubblica poteri unilaterali in materia di sanità, di sicurezza del lavoro, di urbanistica, di tutela dei beni culturali, di tutela dell'ambiente, per cui essa può ordinare (di fare o di desistere), ingiungere, accedere a proprietà private, ispezionare senza il consenso di privati, chiedere l'esibizione di atti, eseguire direttamente, ecc. (257).

Il diritto amministrativo inglese è, dunque, nonostante il *cliché* diffuso dal « tipo ideale » prodotto dall'errore di Dicey, anch'esso fondato sul concetto di autorità che agisce, in virtù dei suoi poteri, in modo unilaterale, e non deve o mettersi d'accordo necessariamente con i privati, o necessariamente rivolgersi al giudice per la previa verifica giurisdizionale delle proprie pretese.

Ma come è temperata l'azione amministrativa? Secondo un modello frequente nel Regno Unito, piuttosto che sviluppare principi propri del diritto amministrativo, si è proceduto per estensione alle pubbliche amministrazioni di principi propri dei giudici, principale dei quali quello di *natural justice* o *fairness*, che porta con sé l'obbligo di imparzialità (*bias* ovvero *nemo judex in causa sua*) e quello di ascoltare le parti (*hearing*, ovvero *audi alteram partem*).

Il divieto di *bias* comporta che chi decide deve essere imparziale, non solo nel senso che non deve avere un interesse personale nella decisione, ma anche nel senso che non deve avere un interesse

(257) Sull'uso di poteri esecutivi da parte della pubblica amministrazione inglese vi sono pochi scritti; si rinvia, tra questi, a P. DIAMOND, *Dishonourable Defences: the Use of Injunctions and the EEC Treaty - Case Study of the Shops Act 1950*, in *Modern Law Review*, vol. 54, 1991, January, n. 1, p. 22 ss.

nella decisione stessa: ad esempio, chi propone una sanzione amministrativa non deve, poi, decidere sulla sua irrogazione.

L'*hearing* comporta la *notice*, l'udienza vera e propria, il diritto di chi è ascoltato di avere un rappresentante o difensore, l'obbligo di motivare, dopo l'udienza, la decisione raggiunta, il diritto di difesa in sede giudiziaria contro la decisione.

La decisione più importante sull'*hearing* è quella della *House of Lords* "Ridge v. Baldwin", del 1964 (258), nella quale è stato affermato che un dipendente pubblico licenziato aveva diritto alla previa contestazione degli addebiti e di essere udito.

6.7. *L'*administrative justice.

Il diritto amministrativo inglese, quale sin qui descritto, ha uno sviluppo relativamente rudimentale. La situazione cambia quando si passa alle zone di confine tra attività amministrativa e attività politica e tra attività amministrativa e attività giurisdizionale. Nella prima, infatti, vi è l'istituto delle *inquiries*, che consentono la consultazione degli interessati prima che vengano adottate decisioni che interessano collettività (ad esempio, il tracciato di una strada). Le *inquiries* rispondono alla stessa esigenza e hanno struttura non diversa dalle *enquêtes publiques* francesi. Invece, nella seconda zona di confine, quella tra amministrazione e giustizia, nel Regno Unito vi è un complesso di organi che svolgono funzioni amministrative in forme giuridizionali, poco diffusi in Francia (259) e sviluppatisi nel Regno Unito grazie all'originaria assenza di separazione tra i poteri pubblici.

In modi diversi, appartengono a questa zona di confine i *justices of peace* e gli *administrative tribunals*. I *justices of peace* sono organi locali, ben sviluppati già nel XIX secolo, composti di *magistrates* nominati dal centro, ma su designazione locale. Questi *magistrates*, oggi in numero di poco meno di trentamila, sono *laymen*, cioè non specialisti, e sono affiancati, nelle sedi e per i casi più importanti, da specialisti. Essi svolgono sia funzioni giurisdizionali minori, in ma-

(258) A.C., p. 40.

(259) Se ne veda un elenco in L.N. BROWN e J. BELL, *French administrative law*, cit., p. 309 ss.

teria penale e amministrativa, sia funzioni amministrative locali, come, ad esempio, l'emanazione di licenze.

I *tribunals* (chiamati anche *commissions*, *committees*, *authorities*, ecc.) hanno avuto il loro maggior sviluppo nel XX secolo e in sede centrale. Essi svolgono attività che sono al confine tra quella amministrativa e quella giudiziaria, definita *quasi-judicial*, specialmente nel campo del *Welfare* (sanità, sicurezza sociale, istruzione, immigrazione, ecc.). Retti da due leggi, del 1958 e del 1992, sono circa 2mila, di 80 tipi diversi. Esaminano ogni anno ben più di un milione di casi, prendendo circa 300mila decisioni (la restante parte dei casi è risolta amichevolmente) (260).

Le caratteristiche salienti dei *tribunals* sono le seguenti. Sono composti di esperti del settore, di nomina governativa, ma tratti da elenchi di nomi indicati dal Lord Chancellor, senza il consenso del quale non possono essere dismessi. Decidono in modo indipendente dal governo e dall'amministrazione, al termine di una procedura contenziosa (con *hearing*), anche se più informale di quella giudiziaria, in qualche caso di tipo *adversarial* (quando le parti sono in primo piano), in altri di tipo *inquisitorial* (quando è in primo piano il *tribunal*). Hanno l'obbligo di motivare le decisioni, nei confronti delle quali vi è possibilità di impugnativa alla *High Court* per *questions of law*. Sono sotto la sorveglianza del *Council on Tribunals* che, secondo il rapporto della commissione Franck (1957), avrebbe dovuto essere l'organo di garanzia della loro indipendenza, ma ha, invece, secondo la legge, solo il compito di valutare il loro funzionamento e di fare raccomandazioni (261).

I *tribunals* costituiscono una caratteristica importante e originale del diritto amministrativo inglese. Essi rispondono bene al triplice scopo per cui furono istituiti, il primo dei quali è di

---

(260) Sul numero dei *lay magistrates*, *Magistrates Courts*, in *Survey of Current Affairs*, XXII, 1992, march, n. 2, p. 55; sui *tribunals*, P. GERARD, *Les tribunaux administratifs britanniques*, in *Actualité juridique-Droit administratif*; 1991, 20 janvier, p. 3 ss. e A.W. BRADLEY, *Administrative Justice and Judicial Review: Taking Tribunals Seriously?*, in *Public Law*, 1992, summer, p. 185 ss.; sull'organizzazione della giustizia amministrativa inglese, J. BELL, *L'organisation du contentieux administratif en Grande-Bretagne*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1987, n. 38, p. 215.

(261) P.P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, III ed., 1994, p. 143.

assicurare decisioni rapide, non costose e fondate su un esame compiuto da esperti; il secondo quello di rendere le decisioni su questioni riguardanti contestazioni in materia di diritto, in modo indipendente dal governo; il terzo quello di sottrarre la protezione di interessi relativi al *Welfare* alle corti, nel presupposto che esse non vedano con favore la relativa legislazione (262).

È, in quest'ultimo senso, importante che il primo studio dell'*administrative justice* assicurata dai *tribunals* sia dovuto a William A. Robson, laburista e professore alla London School of Economics and Political Science (263).

6.8. *La* judicial review of administration.

Il diritto amministrativo inglese, per tradizione, risponde al principio un diritto-un giudice. Ma al monismo giurisdizionale si è sempre accompagnata anche una timidezza dei giudici nei confronti dell'amministrazione pubblica, timidezza dovuta al rispetto dei due principi base della *parliamentary sovereignty* e della *ministerial responsibility*.

Nonostante le posizioni assunte da William Robson, da Ivor Jennings e da Harold Laski, giù dal secondo decennio del secolo XX, a favore di un sistema di giustizia amministrativa, solo negli anni sessanta si comincia a comprendere che regole, procedure e poteri tradizionali delle corti erano applicabili con difficoltà a casi diversi da quelli di *common law* per i quali erano stati introdotti (264).

Fino al 1977, la tutela giudiziaria nei confronti della pubblica amministrazione è stata definita sporadica e periferica, a causa della sua arcaicità, della cautela dei giudici e dell'influenza di Dicey, che non aveva fatto riconoscere la posizione particolare della pubblica amministrazione come autorità (265). Il controllo era fondato sui tradizionali *prerogative writs* (poi *orders*) di *certiorari*, di *prohibition*

---

(262) P.P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 142.

(263) W.A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, Stevens, I ed. 1928, II ed. 1947.

(264) Sulla lenta affermazione della *judicial review*, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 80 ss.

(265) S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, cit. in M. P. Chiti, *L'affermazione*, cit., p. 5-6.

e di *mandamus*, che servivano — come già notato — per controllare le decisioni dei giudici inferiori ed erano, poi, stati applicati alle decisioni amministrative; nonché sulle azioni di *declaration* e *injunction*, tipici rimedi di diritto privato.

La svolta, preannunciata da decisioni giudiziarie della metà del secolo, avviene nel 1977, quando viene emanato un regolamento di procedura, denominato *Order 53*, come *rule* della *Rule Committee* dell'*High Court* (questa sarà poi modificata nel 1980 e nel 1981 sarà codificata in legge con il *Supreme Court Act*). Questo regolamento introduce una nuova azione giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, l'*application for judicial review*, che modifica le precedenti azioni.

Il passo successivo è compiuto dalla *House of Lords* nel 1982, con la fondamentale decisione « O'Reilly v Mackman ». Questa decisione stabilisce l'esclusività della procedura dell'*Order 53* per le questioni di diritto amministrativo, così distinguendo le questioni di diritto comune da quelle che riguardano *public law rights.* Si afferma, così, sulla base di un regolamento di procedura e di una sentenza dei *Law Lords*, la dicotomia tra questioni di *public law*, per le quali è aperta l'*application for judicial review*, e controversie di diritto privato, per le quali si applicano i rimedi ordinari.

Se la *judicial review* è disponibile solo per *issues of public law*, come si definiscono queste? Si affaccia, con questa domanda, per la prima volta nel Regno Unito, una problematica ben nota in Francia. Per distinguere i *public law cases*, bisogna considerare la natura dell'organo da cui proviene la decisione, nonché la natura della funzione esercitata. Su questa base i giudici inglesi hanno ritenuto applicabili i rimedi di diritto pubblico alle *Next Steps Agencies* e alle attività di diritto privato di soggetti pubblici con un *sufficiently public law element*, non ai *regulatory bodies*.

La svolta del diritto amministrativo inglese è avvenuta proprio quando, per decidere quale procedura seguire, è stato necessario definire la natura dell'organo e quella della funzione, come notato da Lord Woolf of Barnes (266) che sottolinea « *the dramatic nature of the changes that have occurred in the principles or substance of public law since the introduction of*

(266) Lord Woolf of Barnes, *Droit public-English Style*, in *Public Law*, 1995, spring, p. 57 ss.

the new procedure for judicial review », segnala « *a rapid increase in the number and also the variety of public law applications to the court* » e nota « *a new appreciation of the significance of the distinction between English public and private law* ».

Quanto al soggetto che può ricorrere, l'*Order 53* (267) dispone che « *the Court shall not grant leave unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates* ». Di conseguenza, la procedura è divisa in due fasi, l'*application for leave*, decisa anche senza udienza, e l'udienza per la trattazione del merito.

Il *leave* è un filtro per il quale non c'è un criterio preciso, introdotto per non mettere in pericolo l'interesse pubblico curato dalla pubblica amministrazione e, dall'altra parte, per impedire l'invasione delle controversie, con conseguenti ipertrofia e ritardi. Il *leave* ha carattere molto discrezionale (268) e finora è stato riconosciuto che può non essere concesso per ritardo, per insufficiente interesse, perché si tratta di un *not arguable case*, per la disponibilità di azioni alternative, perché la domanda è prematura, perché questa non verte su questione di diritto pubblico. Come si può notare, il *leave*, in sostanza, permette un bilanciamento, ad opera del giudice, tra prerogative della pubblica amministrazione e interessi dei privati (269). Ciò, però, fa diventare privilegio, sia pur concesso dalle corti, quello che dovrebbe essere un diritto. La situazione è temperata dall'atteggiamento assunto, di fatto, dalle corti: queste in un primo momento hanno utilizzato il *leave of the court* come uno strumento di razionamento; successivamente hanno assunto un atteggiamento più liberale (270).

Anche sui termini per ricorrere vi sono non poche ambiguità. Secondo le disposizioni, il ricorso deve essere presentato entro tre mesi, ma *promptly*, senza *undue delay*, per cui le corti possono

(267) Rule 3, subparagraph 7.

(268) C. Harlow e R. Rawlings, *Law and Administration*, cit., p. 562 osservano che, mentre i diritti, nei rapporti privati, sono garantiti dalle corti *automatically*, nella *judicial review* « it is the court's prerogative to deny or fashion any reliefs »; si consideri ciò alla luce della tradizionale « deference » inglese nei confronti dell'autorità e della tendenza dei giudici a non intervenire nelle scelte discrezionali dell'amministrazione.

(269) C. Harlow e R. Rawlings, *Law and Administration*, cit., p. 532.

(270) C. Harlow e R. Rawling, *Law and Administration*, cit., p. 541.

dichiarare fuori termine un ricorso presentato entro i tre mesi, ma non *promptly*.

Sono soggetti a *judicial review* tutti gli atti dell'esecutivo, compresi *orders*, *regulations* e *by-laws*.

Quanto ai giudici, l'ordinamento inglese è riuscito a mantenere il monismo giurisdizionale, ma temperandolo con la specializzazione: i giudici sono quelli dell'*High Court*, composta secondo l'*Administrative List* o *Crown Office List*, che ha competenza esclusiva in materia amministrativa e forma la *Divisional Court of Queen's Bench Division*.

L'ambito del controllo, una volta sostanzialmente relativo a vizi di competenza, si è ora ampliato. I *grounds for judicial review*, definiti dai giudici stessi, sono: *illegality* o *ultra vires* (violazione di legge, errore di diritto, abuso o eccesso di potere, malafede), *procedural impropriety* (violazione delle garanzie procedimentali di *natural justice*), *irrationality*, *proportionality*, *equality* (271).

Quanto ai poteri del giudice, questi sono ampi e vanno da *injunctions* e *interim injunctions*, a *stop orders*, a *restitution and damages*.

L'amministrazione, di regola, ottempera; anche la Corona lo fa, anche se ingiunzioni ad essa dirette non sono ammesse. L'inottemperanza può essere considerata come *contempt* e il funzionario che non ha eseguito è, in tal caso, ritenuto personalmente responsabile (272).

La tutela cautelare è assicurata da *interim reliefs*, consistenti in *injunctions*, che, però, non possono essere disposti nei confronti della Corona e di altre autorità, per cui permangono aree di privilegio.

Per una valutazione d'insieme della *judicial review* inglese bisogna aggiungere che i casi decisi sono relativamente pochi (se comparati con le decisioni di altri organi chiamati a risolvere conflitti, come i *tribunals*), che riguardano in prevalenza problemi periferici (come i problemi dell'immigrazione, quelli dell'amministrazione penitenziaria e quelli dell'assegnazione di alloggi), che, infine, larghi

---

(271) M.P. CHITI, *L'affermazione*, cit., p. 38-39.

(272) Consiglio di Stato, *Il diritto amministrativo nei paesi Cee - Principi comuni*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1993, p. 239.

settori dell'attività amministrativa non sono toccati dalle decisioni delle corti (273).

Mentre la giustizia amministrativa francese ha una più lunga storia, è più articolata e sviluppata, è più ampia, ma manca di efficacia, quella inglese, che ha una breve vita, è meno sviluppata, ma più attenta alla effettività della tutela che assicura. I suoi punti deboli sono costituiti dalla discrezionalità e dall'impatto *sporadic, peripheral and temporary* (274). Tuttavia, nel Regno Unito, se non vi sono strutture equivalenti al sistema francese di giustizia amministrativa, vi sono equivalenti funzionali, costituiti principalmente dai *tribunals* (275).

Come il *Médiateur* francese, c'è nel Regno Unito un *Parliamentary Commissioner for Administration*, istituito nel 1967. È di nomina governativa ed esamina reclami dei cittadini, che pervengono attraverso i parlamentari, per *maladministration*. Esamina, di fatto, un migliaio di ricorsi per anno. Sul suo esempio, ne sono stati istituiti altri per le amministrazioni locali, dopo il 1974 (276).

Un altro equivalente funzionale della giustizia amministrativa è assicurato, nel Regno Unito, dal sistema dei controlli. Questo è regolato da una

---

(273) C. HARLOW e R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 536 ss.

(274) C. HARLOW e R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 565.

(275) Sulla giustizia amministrativa (in senso proprio) nel Regno Unito, M.P. CHITI (a cura di), *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, Giuffrè, 1983; M. P. CHITI (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, Giuffrè, 1990; nonché i manuali generali, ampiamente dedicati al tema, quali J.F. MC ELDOWNEY, *Public Law*, London, Sweet and Maxwell, 1994; P.P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, III ed., 1994. Per ricostruire l'evoluzione della giustizia dagli anni Settanta, sono utili i seguenti scritti: M. DISTEL, *La réforme du contrôle de l'administration en Grande-Bretagne* e *Aspects de l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration en Grande-Bretagne*, ambedue in *Revue internationale de droit comparé*, a. 1, 1971, janvier-mars, p. 355 ss. e 1982, mars, p. 41 ss.; P. MCAUSLAN, *Administrative Justice - a Necessary Report?*, in *Public Law*, 1988, autumn, p. 402 ss.; J.G. MCK. LAWS, *Judicial Review I: The Ghost in the Machine: Principle in Public Law*, *ivi*, 1989, spring, p. 27 ss.; H.W.R. WADE, *Beyond the Law: A British Innovation in Judicial Review*, in *Administrative Law Review*, vol. 43, 1991, fall, n. 4, p. 559; D. PANNICK, *Who is Subject to Judicial Review and in Respect of What?*, in *Public Law*, 1992, spring, p. 1 ss.; J. CRAM e J. BELL, *Towards a Better Public Law?*, in *Public Administration*, vol. 74, 1996, summer, p. 239 ss.

(276) Sul *Parliamentary Commissioner*, G. DREWRY e C. HARLOW, *A « Cutting Edge »? The Parliamentary Commissioner and MPs*, in *Modern Law Review*, vol. 53, 1990, november, n. 6, p. 745 ss.

legge del 1983 ed è affidato a due organi, il *National Audit Office*, presieduto dal *Comptroller and Auditor General*, e la *Audit Commission*. Il primo organo, composto di circa 750 dipendenti e articolato in cinque divisioni, per settori, controlla l'amministrazione centrale. Esso è indipendente dal governo (il *Comptroller and Auditor General* è funzionario dell'*House of Commons*), ha diritto di accesso agli atti amministrativi, esercita controlli finanziari e di *value for money* verificando regolarità, appropriatezza ed efficacia della spesa (e dell'attività amministrativa). Riferisce al Parlamento e agli uffici controllati. La *Audit Commission* ha minore indipendenza e svolge il controllo sugli enti locali (277).

7. *Conclusioni: convergenze in contesti diversi o differenze in contesti simili?*

L'analisi svolta consente di segnalare somiglianze e differenze.

In *primo* luogo, sia il diritto amministrativo francese, sia quello inglese assicurano un certo grado di autonomia dell'amministrazione dalla politica. In ambedue i casi, questa autonomia è assicurata dalla presenza di una superstruttura, costituita dalla *haute fonction publique* e dagli *higher civil servants*. Questi sono prescelti con il criterio del merito, non per anzianità e fanno parte di un corpo distinto, anche se non separato da quello amministrativo, dotato di mobilità orizzontale, non *cloisonné*. Tra i due ordinamenti, vi sono, però, differenze, principali delle quali sono l'esistenza di gabinetti ministeriali in Francia, mentre l'istituto è ignoto nel Regno Unito; e l'osmosi tra *grands corps* e politica in Francia, mentre nel Regno Unito c'è, invece, una netta separazione.

In *secondo* luogo, i due diritti amministrativi sono ambedue sottoposti a un *higher law*, il diritto comunitario, che è divenuto parte del diritto che la pubblica amministrazione deve rispettare in base al principio della *rule of law* e della *règle de droit*. Il diritto comunitario influenza, quindi, in modo uniforme i due diritti nazionali, anche se è difficile dire se da esso discendano i maggiori mutamenti intervenuti nel diritto amministrativo francese e inglese (278) e se è probabile che i risultati prodotti nei singoli diritti

(277) Sui controlli amministrativi, F. WHITE e K. HOLLINGSWORTH, *Audit, Accountability and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

(278) La tesi per cui i cambiamenti principali del diritto amministrativo francese non sono dovuti all'influenza del diritto comunitario è esposta in G. MARCOU, *Le droit*

nazionali non siano, poi, tanto uniformi tra di loro quanto gli impulsi che provengono dall'Unione europea.

In *terzo* luogo, i due diritti amministrativi sono accomunati da due tratti. Innanzitutto, ambedue accettano il principio di legalità (*règle de droit, rule of law*). Poi, ambedue, pur essendo costituiti in larga misura da leggi, riconoscono il posto preponderante del giudice nell'ordinare il diritto legislativo e nel trarne principi (*droit pretorien, judge-made law*). Il diritto amministrativo perde, così, il marchio d'origine statale, si attenua il peso della fonte parlamentare e si allenta il legame pubblica amministrazione-governo (il giudice, infatti, interviene in quanto arbitro di un conflitto tra privato e autorità pubblica guidata dal governo). Ma, se si passa ad esaminare il posto occupato dai giuristi nelle rispettive amministrazioni, si nota un forte divario tra Francia e Regno Unito, perché nel primo paese, a differenza dal secondo, essi sono numerosi e giocano un ruolo importante, se non dominante.

In *quarto* luogo, la dismissione di funzioni pubbliche e di imprese, la penetrazione del diritto privato nel diritto pubblico, la conseguente crisi e revisione dei criteri della separazione del diritto amministrativo dal diritto privato in Francia; la dismissione di funzioni pubbliche e di imprese e la conseguente necessità di regolare le attività così privatizzate nel Regno Unito, producono, in ambedue i paesi, un diritto misto, di cui è difficile tracciare i confini. A questo diritto misto ricorrono, in ambedue i paesi, i poteri pubblici, quando ne vengono ampliate le funzioni.

Si intrecciano qui tendenze ed esigenze diverse. Da un lato, la dismissione di funzioni e di imprese da parte dei pubblici poteri, proprio nel momento in cui si stabilizzano forme di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, fa sorgere il problema del controllo pubblico dei poteri privati, in modo che, nei loro confronti, possano essere fatti valere gli stessi valori e principi costitu-

---

administratif entre l'ordre juridique national et l'intégration européenne, in G. MARCOU (sous la direction de), *Les mutations du droit de l'administration en Europe - Pluralisme et convergences*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 63 ss., p. 18; questo volume contiene una valutazione d'insieme della influenza sui diritti amministrativi nazionali del diritto comunitario.

zionali che erano prima assicurati nei confronti della pubblica amministrazione (279).

Dall'altro lato, il *New public management*, l'*Agencification*, il *Contracting-out*, le privatizzazioni hanno avuto le maggiori realizzazioni proprio nel Regno Unito, dove la distinzione diritto pubblico-diritto privato non era accettata, ma con il risultato paradossale di farla venire in primo piano: queste trasformazioni, infatti, non sono servite solo a passare uffici, imprese, funzioni, personale, beni, ecc. dalla mano pubblica a quella privata, ma anche per applicare ad essi un diverso regime, più privatistico, così sottolineandosi la natura differenziata di quello originario. Dunque, *New public management, Agencification, Contracting-out*, privatizzazione presuppongono la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato anche dove non se ne riconosceva l'esistenza.

Dall'altro lato ancora, in Francia, liberismo, riduzione dell'intervento statale, managerialismo, erosione dei monopoli pubblici e loro adattamento al diritto della concorrenza, rivalorizzazione del mercato e dell'impresa ed esaltazione dei valori liberali accentuano la crisi dei diversi criteri di distinzione tra diritto pubblico e diritto privato — in particolare di quello del *service public* — e, quindi, dei metodi di identificazione del diritto amministrativo e costringono ad interrogarsi sull'adozione dei criteri (formali e sostanziali) di distinzione (280).

In *quinto* luogo, sia in Francia, sia nel Regno Unito, il diritto amministrativo acquisisce un contenuto intrinseco, costituito da principi comuni, come quello di ragionevolezza, quello di propor-

---

(279) Il problema è discusso in M. TAGGART (a cura di), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997.

(280) Può essere interessante confrontare un punto di vista della metà del secolo sulla distinzione tra *service public* regolato *comme une entreprise privée* e *service public* con un *régime juridique spécial*, il primo proprio dell'Inghilterra, il secondo della Francia (L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, IX^e^ éd., 1947, p. 16-17), con quello immediatamente successivo, per cui si poteva « admettre l'idee d'une entreprise d'Etat entièrement soumise au droit privé », ma limitata a quelle organizzate in forma di società per azioni (R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris, Pedone, 1950, p. 241 ss.), con quello più ampio odierno (J. CAILLOSSE, *La réforme administrative et la question du droit*, in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1989, 20 janvier, p. 3 ss., J. CAILLOSSE, *Le droit administratif contre la performance publique?, ivi*, 1999, 20 mars, p. 195 ss. e J. BOULOIS, *Supprimer*, cit., p. 44 ss.).

zionalità, quello dell'obbligo di ascoltare gli interessati, quello dell'obbligo di motivazione, quello di tutela delle *legitimate expectations* (281).

Il tratto importante di questi principi è meno quello che siano comuni, di quello che essi — come appena osservato — definiscono per la prima volta un contenuto intrinseco del diritto amministrativo, che non è nella disponibilità del legislatore, perché è il frutto di un lento processo al quale hanno concorso norme e giurisprudenza comunitarie, interventi del Consiglio d'Europa, leggi e giudici nazionali. Tutti questi hanno contribuito a costituire un *corpus* di principi essenziali, di portata superiore a quella dei meri principi legislativi.

Per comprendere questo sviluppo bisogna ricordare quanto notato da Jean Rivero, che, per i liberali del XIX secolo, eredi del pensiero del 1789, « *l'administration n'avait pas de contenu intrinsèque* ». Essa era esecuzione della legge; dunque, bastava assicurare l'elaborazione democratica della legge e il rispetto del principio di legalità da parte dell'amministrazione (controllo giurisdizionale) (282).

La stessa osservazione era stata fatta, in termini critici, nel 1946, da Filippo Vassalli, secondo il quale: « i progressi del diritto amministrativo sono stati una delle più grosse turlupinature dei tempi moderni. I principati assoluti e i cosiddetti regimi di polizia conoscevano i freni che derivavano dal rispetto de [sic] « *jura quaesita* » e la « ragione di Stato » aveva sempre i limiti posti dalla coscienza dei governanti e dai motivi di opportunità e di utilità... La cosiddetta fase dello Stato di diritto (« *Rechtsstaat* »), rappresentata come il trionfo del diritto nei confronti dello Stato e l'assoggettamento della pubblica amministrazione alla legge, ha distrutto tutto ciò: a dei limiti effettivi, con la proclamazione della « sovranità della legge », ha sostituito dei limiti meramente formali e fittizi, aprendo l'adito ai più incontenibili arbitrii: tanto più quando la legge, collocata nell'empireo dai teorici di quel diritto pubblico, è poi digradata a docile strumento di qualsiasi sedicente governo » (283).

---

(281) J. SCHWARZE, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in *European Public Law*, IV, 1998, n. 2, p. 191 ss.

(282) J. RIVERO, *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui - démocratie et administration*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821 ss.

(283) F. VASSALLI, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in F. VASSALLI, *Scritti giuridici*, III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 571, nota 2, dopo aver osservato che la responsabilità dello Stato e non del funzionario rende illusoria la

La *sesta* caratteristica comune del diritto amministrativo inglese e di quello francese è legata all'istituzione di autorità indipendenti o semi-indipendenti di regolazione. Queste producono due conseguenze. Innanzitutto, richiedono un procedimento di decisione nel quale l'autorità decide sulla base del solo interesse ad essa assegnato, senza prendersi carico della valutazione degli interessi pubblici concorrenti o confliggenti. Poi, caratterizzano il diritto amministrativo come un diritto terzo, in funzione di arbitraggio tra interessi privati contrapposti. Dunque, il rapporto binario autorità-privato è sostituito da un rapporto trilaterale, tra l'autorità e i due o più interessi privati che essa è chiamata a giudicare (consumatori e produttori; utenti e gestori di servizi pubblici, ecc.).

La *settima* caratteristica comune dei due diritti riguarda l'assetto raggiunto dai due apparati amministrativi e dai dipendenti pubblici. Ambedue, infatti, sono ora caratterizzati da un notevole grado di accentramento e di difformità amministrativa degli apparati centrali.

L'*ultima* caratteristica comune riguarda la tutela giudiziaria differenziata. Qui i punti di partenza e i percorsi successivi sono diversi, i punti di arrivo simili. In Inghilterra si comincia dall'immunità della Corona, in Francia da quella dei funzionari. Nel primo paese, l'irresponsabilità della Corona costringe il cittadino che ha subito un danno dal comportamento illegittimo dell'amministrazione a rivalersi sul funzionario. Donde due conseguenze: da un lato, l'inutilità di un giudice speciale, bastando quello ordinario ad accertare la responsabilità del funzionario; dall'altro, la remora alle illegittimità che deriva dalla responsabilità del funzionario. Quest'ultima, però, rivela due debolezze, alle quali si porrà rimedio successivamente. Da un lato, non garantisce nei confronti di decisioni amministrative illegittime, ma che non procurano un danno. Dall'altro, non assicura un adeguato risarcimento, perché il patrimonio del funzionario è molto limitato rispetto ai danni che le sue decisioni possono produrre. Al primo inconveniente si porrà rimedio con il lento sviluppo della *judicial review*. Al secondo con l'abolizione, nel 1947, del principio dell'immunità della Corona. Il primo rimedio porterà con sé, più tardi, la costituzione di

---

protezione del cittadino contro le malefatte dell'amministrazione, « risultato paradossale del virtuosismo dei nostri dottori di diritto amministrativo negli ultimi decenni ».

una sezione speciale del giudice ordinario (a procedura speciale, giudice speciale o almeno sezione speciale del giudice ordinario).

In Francia, invece, la iniziale garanzia dei funzionari (soppressa di diritto nel 1870, di fatto più tardi) e la conseguente loro irresponsabilità, spinge verso due diverse strade. Da un lato, verso la tutela contro l'atto amministrativo, diretta al suo annullamento. Dall'altro, verso l'azione diretta contro lo Stato, per ottenere da esso il riconoscimento al quale i dipendenti pubblici si sottraggono. Il primo sviluppo porterà al centro dell'attenzione del giudice e della scienza giuridica l'atto amministrativo, che rimarrà il capitolo fondamentale del diritto amministrativo. Ma fin dall'inizio del XIX secolo la scienza giuridica si interroga sulla possibile convergenza dei due tipi di tutela, quella di annullamento (*éxcès de pouvoir*) e quella risarcitoria (*plein contentieux*).

Nell'ordinamento vigente si possono segnalare convergenze e divergenze. Tra le prime vi sono la limitazione delle categorie degli atti esclusi dal controllo giurisdizionale; l'affermazione di giudici *ad hoc*, o speciali o in composizione speciale; il riconoscimento di procedure giurisdizionali *ad hoc*; il livellamento del regime della responsabilità (grazie all'abbandono della garanzia del funzionario in Francia e dell'immunità della Corona nel Regno Unito); l'affiancarsi (e, in futuro, il sommarsi) della tutela d'annullamento (contro l'atto) e della tutela risarcitoria (contro il funzionario e contro lo Stato). Tra le divergenze vi sono, da un lato, l'insufficiente efficacia della giustizia amministrativa francese; dall'altro, i limiti dell'accesso alla *judicial review* nel Regno Unito.

Alle convergenze e alle divergenze elencate altre differenze si aggiungono, come quella legata al legalismo della cultura amministrativa francese e quella prodotta dallo *statut de la fonction public* francese. O come quella dovuta alla *partisan neutrality* della burocrazia inglese e all'abbondanza, nel Regno Unito, di *tribunals*. O l'atteggiamento mentale con il quale si studia il diritto amministrativo, dal lato francese con una tendenza alla generalizzazione, dal lato inglese con l'approccio opposto, pronto a riconoscere la singolarità e differenza specifica di ogni istituto. Ma è interessante notare che gli sviluppi convergenti attuali hanno effetto anche sulla storiografia perché conducono alla collocazione in una diversa prospettiva dei due tipi ideali e della loro contrapposizione.

Restano aperte, a conclusione di questo percorso, due questioni. La prima è la seguente: se le differenze formali o strutturali non siano compensate o addirittura sopravanzate da equivalenze funzionali tra i due diritti amministrativi. La seconda è, invece, quest'altra: se debba ammettersi, come i comparatisti sono inclini a ritenere, che si possono registrare crescenti convergenze di singoli istituti, che si collocano, però, in contesti che rimangono radicalmente diversi; oppure se non debba, invece, rovesciarsi tale impostazione, per riconoscere che i contesti sono ormai divenuti in larga misura simili, ma che restano differenze profonde di singoli istituti, dall'una e dall'altra parte della Manica (284).

Nel 1831, il giovane Alexis de Tocqueville, scrivendo al visconte Ernest de Blosseville, confessava, in una frase divenuta famosa e già citata all'inizio, di non conoscere il diritto amministrativo: « *chez nous, le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître. J'ai toujours vécu dans l'un et suis fort ignorant de ce qui se passe dans l'autre* » (285).

Se il ventiseienne normanno, che pure aveva una buona preparazione giuridica ed aveva fatto il magistrato per qualche anno a Versailles, dichiarava di essere molto ignorante nel campo del diritto amministrativo, più tardi, nel 1900, il sessantacinquenne professore di diritto oxoniense Albert Venn Dicey farà una dichiarazione ancor più impegnativa a un suo collega francese. Sentiamola dal resoconto indiretto che ne fa William A. Robson: « *M. Barthélemy, the Dean of the Faculty of Law in the University of Paris, relates that thirty years ago he was spending a week-end with the late professor Dicey. In the course of the conversation M. Barthélemy asked a question about administrative law in this country. « In England » replied Dicey « we*

(284) Tutto ciò è negato dai sostenitori della tesi estrema, quella di *irreducible differences*, dovute ad una diversa *mentalité* tra giuristi continentali e giuristi inglesi: P. LEGRAND, *European Legal Systems are Not Converging*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1996, january, p. 52 ss. e P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, Puf, 1999. Ma si veda, all'opposto, A. Ogus, *Competition Between National Legal Systems: a Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quart.*, 1999, vol. 48, april, p. 405.

(285) A. TOCQUEVILLE, *Nouvelle correspondance*, Levy, Paris, 1866, p. 67.

know nothing of administrative law; and we wish to know nothing » (286). Dunque, il diritto amministrativo, ancora relativamente poco conosciuto in Francia nel quarto decennio del XIX secolo, era, alla fine di tale secolo, addirittura rifiutato in Inghilterra, dove, peraltro, era ancora poco conosciuto negli anni Ottanta del secolo successivo, come testimonia questo episodio, raccontato nel 1989 dallo storico Henry Parris: « *The Civil Service College had a good rule that anyone invited to the College must become the personal guest of a member of staff. On one occasion, I had to entertain two very distinguished guests, a Professor of Public Law and a Deputy - Secretary of the Treasury, one of our leading experts on public finance and budgeting. When I introduced them to one another, the Treasury man asked the Professor, « What is Public Law »? It was not a conversational gambit. He just didn't know and sought enlightenment* » (287). Il cerchio, così, si chiude, segnalando due cicli storici, a distanza di un secolo e mezzo, l'inizio di ciascuno dei quali è segnato dall'affermazione iniziale del diritto amministrativo, un ramo del diritto ancora relativamente poco noto in Francia nel 1831, nel Regno Unito nel 1980.

Bibliografia.

1. Sulla storia dello sviluppo delle amministrazioni francese e inglese vi sono numerosi studi, molti citati nelle note. In termini comparativi e generali, E. BARKER, *The Development of Public Services in Western Europe 1660-1930*, Oxford University Press, II ed., 1945 e J. MARKOFF, *Governmental Bureaucratization: General Processes and an Anomalous Case*, in *Comparative Studies in Society and History*, XVII, 1975, p. 479 ss.

2. Sui progressi della burocratizzazione, in termini comparativi, H. JACOBY, *The Bureaucratization of the World*, tr. dall'originale tedesco, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1973, e R. TORSTENDAHL, *Bureaucratisation in Northwestern Europe, 1880-1985 - Domination and Governance*, London, Routledge, 1991 (ma ambedue i libri non sviluppano completamente il tema indicato dal titolo).

3. Per un tentativo di analisi quantitativa del diritto, H. SCHÄFFER e A. RACZ (a cura di), *Quantitative Analyses of Law - a Comparative Empirical Study*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1990 (esamina la Francia, non il Regno Unito).

(286) W.A. ROBSON, *The report of the committee on ministers powers*, cit., p. 346.

(287) Da una lettera del 14 novembre 1989 all'autore di questo testo.

4. Per l'analisi comparativa dei sistemi amministrativi francese e inglese, D.C. ROWAT (a cura di), *Public Administration in Developed Democracies. A Comparative Study*, New York-Basel, Dekker, 1988 e J. ZILLER, *Administrations comparées - Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris, Montchrestien, 1993.

5. I dati sull'amministrazione francese si trovano in *Bottin administratif*, Société du Bottin administratif, Paris (viene pubblicato ogni anno) e in *Le répertoire de l'administration française*, Paris, La Documentation française, (viene pubblicato ogni anno). I dati sull'amministrazione inglese sono in Cabinet Office, *The 31st Civil Service Yearbook* 1998-99, London, Stationary office, 1998.

6. Sulle riforme amministrative inglesi e francesi, in termini comparativi, R. FABRE GUILLEMANT, *Les réformes administratives en France et en Grande-Bretagne*, Paris, L'Harmattan, 1998.

7. Sulle prospettive e la convergenza, oltre agli scritti citati in nota, J. BEATSON e T. TRIDIMAS (a cura di), *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998; W. VAN GERVEN, *Mutual Permeation of Public and Private Law at the National and Supranational Level*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, V, n. 1, p. 7; A. WEBER, *Sviluppi del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, n. 3-4, p. 589; R. HARMSEN, *The Europeanization of National Administrations: A Comparative Study of France and the Netherlands*, in *Governance*, 1999, XII, n. 1, January, p. 81; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999. Più in generale, P.G. MONATERI, *« The "Weak" Law: Contaminations and Legal Cultures*, in *Rapports nationaux italiens au XVeme Congrès International de Droit Comparé*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 83.

8. Sulla convergenza dei sistemi di giustizia amministrativa, C.D. CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit - Eine vergleichend Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*, Tübingen, Mohr, 1996 e J. KOKOTT, *Europäisierung des Verwaltungsprozessrecht*, in *Die Verwaltung*, 1998, Band 31, Heft 3, p. 335.

9. Sul governo locale, Isap, *Il governo locale in Francia, Gran Bretagna, Germania*, Archivio, Nuova serie, n. 8, Milano, Giuffrè, 1998.

10. Un testo molto istruttivo sulla comparazione delle tradizioni o culture e sulla convergenza è P. LEGRAND, *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue*, in *American Journal of Comparative Law*, 1999, XLVII, winter, n. 1, p. 3.

TOCQUEVILLE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

Tocqueville ha formulato osservazioni acute sulle amministrazioni pubbliche. Debbo aggiungere che queste non sono raccolte in uno scritto organico, ma si trovano sparse in libri, relazioni, interventi parlamentari, note di viaggio, appunti di conversazioni, articoli di giornale, lettere. Ciò nonostante, c'è un filo conduttore, che dà organicità al suo pensiero. Seguitene con me il percorso.

Nel 1831, Tocqueville, ventiseienne, si trova a New York, nel corso del suo famoso viaggio negli Stati Uniti, con il pretesto di studiare il sistema penitenziario di quel Paese, ma pronto a scrivere la sua prima opera fondamentale, la *Démocratie en Amerique*. Da New York scrive in Francia, a Blosseville, dicendogli di non aver trovato traccia, in America, di giudici amministrativi e chiedendogli informazioni sui giudici amministrativi francesi. In un passaggio della lettera osserva: "vous savez que, chez nous, le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne

(*) Relazione tenuta il 14 novembre 1997 a Maastricht, in occasione della consegna del premio Alexis de Tocqueville. La relazione è stata preceduta dalle seguenti parole di circostanza: "Cari colleghi ed amici, desidero ringraziarvi per avermi dato questo premio. Mi sento molto onorato dalla vostra decisione e dal giudizio lusinghiero che l'ha motivata. La tradizione che l'"European Institut of Public Administration" è riuscita a stabilire nel nostro campo in breve tempo e l'apprezzamento e il prestigio da cui sono circondati i membri del "Scientific Council" e del "Board of Governors" mi rendono questo premio ancor più gradito. C'è, però, per me un terzo motivo di soddisfazione: la circostanza che questo premio sia intitolato ad Alexis de Tocqueville. Tocqueville è stato il primo degli studiosi della nozione moderna di democrazia, uno dei fondatori delle scienze sociali, una delle menti più acute del XIX secolo. A Tocqueville si devono, però, anche alcune delle più illuminanti osservazioni sulle tendenze delle amministrazioni pubbliche del suo secolo, osservazioni che sono all'origine degli studi moderni di amministrazione pubblica comparata. Consegnandomi questo premio, voi mi avete rivolto delle lodi. Parafrasando una delle massime del duca di La Rochefoucauld, posso dire che avete così suscitato in me il desiderio di meritare tali lodi. Per cui consentitemi di dire qualche parola su Tocqueville e le amministrazioni pubbliche del suo tempo".

vivent point tojours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaitre" (1).

Nel 1835 esce, suscitando grandissimo interesse, la prima parte della *Démocratie en Amerique*. Qui, in venti pagine circa del capitolo V, Tocqueville delinea in modo rapido e magistrale i caratteri distintivi dell'amministrazione statunitense, mettendoli a raffronto con quelli dell'amministrazione francese. Nello stesso tempo, fissa i concetti di base per lo studio comparato delle amministrazioni pubbliche. Nozioni fino allora poco conosciute entrano nel dizionario delle scienze sociali: accentramento e decentramento, gerarchia e autonomia, amministrazione burocratica o esecutrice e amministrazione giudiziale, funzionari di carriera e funzionari elettivi, ecc.

Tocqueville inizia, osservando: "ce qui frappe le plus l'Européen qui parcourt les Etats-Unis, c'est l'absence de ce que l'on appelle chez nous le gouvernement et l'administration". Ciò è dovuto — spiega — a più cause: il potere è diviso tra più mani; non vi è centralizzazione, né gerarchia; i funzionari sono indipendenti; gli Stati governano, ma non amministrano, perché si servono dei funzionari dei Comuni e delle Contee per agire; i Comuni non sono sotto la tutela dello Stato centrale; la legge è più dettagliata e penetra nel seno stesso dell'amministrazione; il potere giudiziario, attraverso i giudici di pace, concorre all'amministrazione dei Comuni e delle Contee; si fa un largo ricorso a funzionari elettivi.

Invece, in Francia — continua Tocqueville — la rivoluzione si è pronunciata, nello stesso tempo, contro la corona e contro le istituzioni locali, contro il potere assoluto e contro chi poteva temperarne il rigore. Di qui centralizzazione (e uniformità), che produce "une sorte de somnolence administrative" perché "...excelle ... à empechêr, non à faire".

Tocqueville conclude mostrando i vantaggi del sistema americano e criticando quello francese: "Chez les Américains, la force qui administre l'Etat est bien moins réglée, moins éclairée, moins savante, mais cent fois plus grande qu' en Europe" (2). E aggiunge:

Que m'importe ... qu' il y ait une autorité toujours sur pied, qui veille

---

(1) A. DE TOCQUEVILLE, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67.

(2) A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amerique*, Paris, Laffont, 1986, p. 93; si veda anche A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville*, Paris, Hachette, 1984, pp. 111-113.

à ce que mes plaisirs soient tranquilles, qui vole au-devant de mes pas pour détourner tous les dangers, sans que j'ai même le besoin d'y songer, si cette autorité, en même temps qu'elle ôte ainsi les moindres épines sur mon passage, est maîtresse absolue de ma liberté et de ma vie, si elle monopolise le mouvement et l'existence à tel point qu'il faille que tout languisse autour d'elle quand elle languit, que tout dorme quand elle dort, que tout périsse si elle meurt? (3).

Nel capitolo VI di questa prima grande opera, Tocqueville scrive che, negli Stati Uniti, come in Inghilterra, tutti i cittadini possono promuovere un'azione nei confronti dei funzionari pubblici e i giudici ordinari hanno il potere di condannarli. Ciò è visto come cosa naturale e, in tal modo, non si pensa che il potere del governo diminuisca. In Francia, invece, l'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII dispone che occorra una decisione del Consiglio di Stato per proporre azione nei confronti di un funzionario pubblico. Continua Tocqueville:

J'ai souvent essayé de faire comprendre le sens de cet art. 75 à des Américains ou à des Anglais, et il m'a toujours été très difficile d'y parvenir. Ce qu' ils apercevaient d'abord, c'est que le Conseil d'Etat, en France, était un gran tribunal fixé au centre du royaume; il y avait une sorte de tyrannie à renvoyer préliminairement devant lui tous les plaignants. Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'Etat n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi, de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'Etat, d'empêcher qu'on ne fît punir le premier; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensogne ou d'ignorance (4).

Sul tema dell'amministrazione Tocqueville ritorna nel capitolo V della seconda parte dell'opera facendo tre altre osservazioni circa i funzionari americani: essi — osserva — sono sempre pagati (la sostituzione dei funzionari retribuiti a quelli non retribuiti costituisce "une veritable révolution"); sono retribuiti in modo ineguale,

(3) A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amerique*, cit., p. 112; si veda anche A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville* cit., p. 201.

(4) A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amerique*, cit., p. 122.

quelli di rango inferiore più che altrove, quelli di alto grado molto meno che in altri paesi; sono molto più liberi nell'àmbito del cerchio che la legge traccia loro intorno, perché essa stabilisce i fini, non i mezzi della loro azione.

Da ultimo, Tocqueville riprende il tema dell'amministrazione nel capitolo VII, dove lo colloca nel contesto politico. Egli osserva che l'indipendenza riconosciuta al potere esecutivo fa da contrappeso all'instabilità politica, perché assicura la continuità dell'esecuzione della volontà del legislatore. E che la divisione dei poteri e l'assenza di centralizzazione amministrativa mitigano la tirannia della maggioranza:

> J'ai distingué précédemment deux espèces de centralisations; j'ai appelé l'une gouvernementale, et l'autre administrative. La première seule existe en Amérique; la seconde y est à peu près inconnue. Si le pouvoir qui dirige les sociétés trouvait à sa disposition ces deux moyens de gouvernement, et joignait au droit de tout commander la faculté et l'habitude de tout exécuter par lui-même; si, après avoir établi les principes généraux du gouvernement, il pénétrait dans les détails de l'application, et qu' après avoir réglé les grands intérêts du pays il pût descendre jusqu'à la limite des intérêts individuels, la liberté serait bientôt bannie du nouveau monde. Mais, aux Etats-Unis, la majorité, qui a souvent les goûts et les instincts d'un despote, manque encore des instruments les plus perfectionnés de la tyrannie.

L'anno stesso della pubblicazione del suo primo libro, Tocqueville intraprende un secondo viaggio in Inghilterra. Come nel caso americano, Tocqueville viaggia per apprendere: parla con studiosi, interroga politici e amministratori, prende note, vuol comprendere la lettera e lo spirito della società e dello Stato (5). Tra le note di viaggio del 29 giugno e del 7 luglio 1835 ve ne sono tre degne di menzione, la prima sui rapporti tra giustizia e amministrazione in Inghilterra, le altre due sull'amministrazione inglese:

> La nécessité d'introduire le pouvoir judiciaire dans l'administration est une de ces idées centrales à la quelle me ramènent toutes mes recherches sur ce qui a permis et peut permettre aux hommes la liberté politique. Principes des Anglais en matière d'administration publique. (J'ai peut-être tort de dire principes, car la chose s'est établie d'elle-même par la nécessité

(5) Come scrive nella lettera del 6 luglio 1835 a Louis de Kergorlay, che citerò più avanti.

de laisser substister des corps électifs et de les faire obéir). Division des autorités administratives locales. Pas de hiérarchie entre elles. Intervention continue du pouvoir judiciaire pour les fair obéir. Division du pouvoir judiciaire pour le rendre moins formidable. Presque tous les actes administratifs aboutissent à des procés ou se revetent de formes judiciaires. Système des amendes substituées à la réprimande ou la destitution administrative. Son utilité, ses grands avantages dans le gouvernement des détails de la societé. Pouvoir coutumier et conservateur qu' il met dans les mains des particuliers. Système des fonctions obligatoires, ses avantages, sa nécessité.

Administration publique. L'action administrative du gouvernement ne se retrouve presque dans aucun détail, en Angleterre. Presque tous les services publics sont entre les mains de petits corps délibérants, sous le nom de trustees ou commissioners, créés de temps en temps par le Parlement qui, à l'époque de la création, nomme les membres qui doivent les composer. Si, ensuite, il vient à se faire des vacances, ce n'est presque jamais (je crois que je pourrais dire jamais) le roi ou ses agents qui les remplissent, c'est le corps électoral ou, le plus souvent, les membres restants eux-mêmes. C'est ce qu'on nomme le système des self-elected bodies. Ce système est prédominant. Il s'étend jusqu'aux corporations. On n'entend jamais parler du roi dans l'administration (6).

Si precisano, dunque, gli interessi di Tocqueville: essi sono rivolti al modello di organizzazione pubblica e ai suoi rapporti con la giustizia. Tocqueville apprezza il decentramento inglese e la sottoposizione della amministrazione a procedure giudiziarie.

Ma l'interesse di Tocqueville non è rivolto solo al mondo anglosassone. Il 10 ottobre 1836, scrivendo al suo amico Louis de Kergorlay, in procinto di andare in Prussia, osserva:

Après l'Angleterre le pays que j'ai toujours le plus désiré parcourir est la Prusse. [...] Le gouvernement prussien [...] s'efforce, [...] de faire oublier à ses sujets qu'ils sont privés de la grande liberté politique en leur accordant libéralement toutes les libertés secondaires qui peuvent être compatibles avec la monarchie absolue; de telle sorte, qu'il prépare, volontairement ou à son insu, les peuples à se passer de lui et à arriver sans secousse à se diriger eux-mêmes. [...] Je te demanderai de prendre des renseignements aussi détaillés que tu le pourras sur le système provincial et communal prussien, ainsi que sur les limites de la centralisation. J'attache une grande importance à cela. Ce ne sont point avec des arguments tirés de ce qui se passe chez des peuples républicains ou semi-républicains que nous pou-

(6) A. DE TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, t. V, vol. II, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algerie*, Paris, Gallimard, 1958, pp. 68, 70 e 89.

vons espérer attaquer avec avantage la centralisation française. Il n'y a que les raisons prises chez les peuples à gouvernement absolu qui puissent faire une véritable impression sur la tourbe antilibérale qui nous gouverne (7).

Ho menzionato finora lettere, appunti di viaggio, brani della *Démocratie en Amerique*. Per gli anni successivi, bisogna ricorrere a interventi parlamentari, articoli di giornale, rapporti accademici, note di conversazione.

Una prima riflessione è compiuta da Tocqueville il 20 aprile 1843, nell'intervento all'Assemblea nazionale sulla competenza dei tribunali amministrativi in materia di reati commessi su strade pubbliche (8). Lì Tocqueville osserva che i tribunali amministrativi, Consiglio di Stato e Consigli di prefettura, non sono veri giudici, perché non sono indipendenti. E continua: il vero problema è che vi è profonda sfiducia nella giustizia ordinaria, per cui si è affermato il principio che, quando è impegnato l'interesse dello Stato, occorre che la pubblica amministrazione abbia un proprio giudice. Ma questo principio è falso: proprio quando sono in gioco interessi collettivi, occorre che vi sia un giudice imparziale e indipendente.

Più avanti, dal 16 febbraio 1845 in poi, Tocqueville scriverà quattro articoli, non firmati, nel "Commerce", sulla responsabilità dei funzionari, che toccano, però, anche la questione della doppia giurisdizione (9). Il diritto di procedere in via giudiziaria nei confronti dei funzionari pubblici, quando abusano del loro potere, è la libertà nel suo aspetto più concreto e pratico. La previsione dell'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII costringe a chiedere all'amministrazione stessa la riparazione di un abuso amministrativo. Dal 1827 al 1835 tutti i liberali hanno chiesto l'abrogazione dell'art. 75, perché l'amministrazione potesse diventare responsabile dei suoi atti.

Quanto alla doppia giurisdizione, Tocqueville afferma trattarsi di uno stato di cose mostruoso, perché quella amministrativa è una

---

(7) A. DE TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, t. XIII, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, Paris, Gallimard, 1977, pp. 407 ss.

(8) Ora in *Œuvres complètes*, t. III, II, *Ecrits et discours politiques*, Paris, Gallimard, 1985, pp. 168 ss.

(9) Ora in *Ecrits*, cit., pp. 155 ss.

giurisdizione bastarda. Si tratti di una questione civile o di una penale, se intervengono interessi pubblici, diviene competente il Consiglio di Stato, che, però, non è né indipendente, né, in senso proprio, un giudice, perché dà solo un parere. Questo stato di cose detestabile — conclude — è contrario a tutti i principi liberali. Più importante di tutti, è però, il rapporto di Tocqueville all'Accademia di scienze morali e politiche sul *Cours de droit administratif* di Macarel (1846) (10). Qui Tocqueville esprime tutto il suo pensiero, in maniera organica, sull'amministrazione.

Napoleone — scrive Tocqueville — ha sottratto l'amministrazione al controllo dei cittadini, rendendo inviolabili i dipendenti pubblici: regola audace che si è cercato sempre di introdurre nelle monarchie assolute, ma che nessun despota aveva giammai osato scrivere in alcuna legge e che nessun paese al mondo ha ammesso come principio generale.

Quanto alla distinzione della giustizia in due tipi, quella ordinaria e quella amministrativa, questo è un principio che nessun paese libero e nessun popolo civilizzato ammetterà mai in termini generali e assoluti. È ammissibile una giustizia amministrativa separata da quella ordinaria, ma per casi rari ed eccezionali. La regola generale deve essere quella che tutti i processi debbono andare al giudice che dà maggiori garanzie alle parti, qualunque siano le parti. È sbagliato trasformare una procedura bizzarra e pericolosa come quella davanti al Consiglio di Stato, dove il vero giudice è il principe, in una forma abituale e regolare di giustizia. Né è corretto parlare di "justice réservée", perché la prerogativa della Corona di modificare i pareri resi dal Consiglio di Stato è divenuta una finzione legale, perché il governo non se n'è servito che una volta sola negli ultimi quaranta anni. Di qui la critica di Tocqueville a Macarel, colpevole di aver portato al livello dei principii lo sdoppiamento della giustizia in un ramo ordinario e uno amministrativo.

Se, fino a questo punto, Tocqueville non fa che ripetere le sue critiche della garanzia dei funzionari e della doppia giurisdizione, dopo egli aggiunge alcune pagine di lode del diritto amministrativo, del quale auspica che possa perdere la componente autoritaria.

---

(10) In *Œuvres complètes*, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p. 63 ss.

Afferma, col solito sguardo lungimirante: si può prevedere che il nostro "droit administratif" diverrà gradualmente quello del mondo civilizzato, grazie alla sua conformità con le condizioni degli uomini del nostro tempo e al fatto che esso è il risultato necessario della rivoluzione sociale. Si può essere certi che, dovunque verranno aboliti i privilegi e introdotta l'eguaglianza, si vedrà nascere qualcosa di analogo al nostro diritto amministrativo. Il diritto amministrativo è, dunque, una delle forme dello stato nuovo del mondo: lo chiamiamo sistema francese, ma occorrerebbe dire sistema moderno. Il problema ancora aperto è quello di separare dal diritto amministrativo gli elementi illiberali: il sistema amministrativo francese è stato concepito per la libertà, ma è stato completato dal dispotismo. Per cui, in Inghilterra e in America, le due grandi nazioni libere che esistono oggi al mondo, nessuno adotterebbe il diritto amministrativo tutto intero, con le impronte lasciategli dalla mano possente di Napoleone.

Tocqueville tornerà ancora sulla giustizia amministrativa, in una conversazione con un inglese, dell'8 gennaio 1852 (11). Dice Tocqueville: vi sono ora tre procedure in Francia: quella giudiziaria, con la quale si è portati davanti a un giudice e, se il delitto è grave, si è condannati a uno o due anni di prigione; quella militare, con la quale si è portati dinanzi a una corte marziale e fucilati; quella amministrativa, con la quale, senza nessun giudizio, si è portati in Caienna o ad Algeri.

Il giudizio di Tocqueville sull'amministrazione francese è destinato a diventare più critico mentre lavora all'altro grande libro, *L'Ancien Régime et la Révolution.* In una lettera del 10 agosto 1854 a Freslon (12), Tocqueville esprime in breve la tesi di fondo della sua seconda grande opera: nello studio delle carte amministrative dell'Antico Regime, risulta chiaro l'intervento continuo del potere amministrativo nella sfera giudiziaria. I legisti lamentavano continuamente che nell'Antico Regime i giudici amministravano. Si po-

(11) *Correspondence and conversations of A. de Tocqueville with Nassau William Senior from 1834 to 1859*, edited by M.C.M. Simpson, 2 voll., London, King, 1872, II vol., pp. 19-20.

(12) Pubblicata in *Œuvres et correspondance inédites d'Alexis de Tocqueville* (edizione Beaumont), Paris, Levy, 1861, tome II, pp. 221-222.

trebbe lamentare con altrettanto fondamento il fatto che gli amministratori giudicavano. La sola differenza con la situazione odierna — continua Tocqueville — è che abbiamo corretto l'Antico Regime sul primo punto, mentre l'abbiamo imitato sul secondo. Avevo creduto fino a ora che la giustizia amministrativa fosse una creazione di Napoleone. Essa è, invece, "pur ancien régime conservé". Il principio che, anche se si tratta di un contratto tra lo Stato e un privato, è lo Stato a giudicare, era ritenuto sacro sia dagli intendenti dell'Antico Regime, sia dai prefetti.

Questi concetti saranno esposti con maggiori svolgimenti ne *L'Ancien Régime et la Révolution*, pubblicato nel 1856 (13).

Nel capitolo II del secondo libro, sulla centralizzazione, Tocqueville spiega che al centro del regno, sotto l'Antico Regime, vi era il "Conseil du Roi", nello stesso tempo corte suprema di giustizia, tribunale superiore amministrativo, organo consultivo del governo (e, in quanto tale, con un ruolo importante nel processo legislativo) e consiglio superiore della pubblica amministrazione. In provincia, un funzionario dei gradi inferiori del Consiglio, l'intendente, ha anch'egli il compito di amministratore e di giudice.

Il capitolo IV del secondo libro è intitolato: la giustizia amministrativa e la garanzia dei funzionari sono istituzioni dell'Antico Regime. Tocqueville osserva: durante l'Antico Regime, per evitare di sottostare ai giudici, che erano tra i più indipendenti in Europa, l'esecutivo ricorreva a due mezzi: istituzione, con editti reali o con decreti del Consiglio, di giudici speciali, oppure avocazione, con decisioni del Consiglio, di singole controversie (in quest'ultimo modo, interi campi, come quello delle imposte, quello dei trasporti, quello della navigazione, eccetera, erano passati dalle mani dei giudici alla competenza del Consiglio di Stato).

Aggiunge: si vanta il fatto che la rivoluzione abbia introdotto la separazione del potere amministrativo da quello giudiziario e abbia posto i funzionari al riparo dagli interventi dei giudici. Ma la garanzia dei funzionari era stata introdotta dall'antica monarchia.

---

(13) Ora in *Œuvres complètes*, tome II, voll. 2, Paris, Gallimard, s.d., ma 1952; si noti che anche in quest'opera Tocqueville fa continui cenni comparati all'Inghilterra, per dire che essa è un paese moderno, essendosi liberata, dal Seicento, dei residui del Medioevo.

Unica differenza è che prima il governo proteggeva i suoi funzionari ricorrendo a misure illegali e arbitrarie, mentre dopo si è potuto lasciare loro violare le leggi legalmente.

Più in generale, Tocqueville osserva — seguendo il ragionamento esposto nella lettera a Freslon — che il nuovo regime ha cacciato la giustizia dalla sfera amministrativa, ma non impedisce l'intervento dell'amministrazione nella giustizia.

Tocqueville tornerà ancora (capitolo V del secondo libro e capitolo VI del terzo libro), brevemente sull'unione di amministrazione e giurisdizione nei tribunali amministrativi, sulla protezione dei funzionari (nonché sulle limitazioni poste al potere giudiziario): "des tribunaux exceptionnels qui jugent les affaires où l'administration est intéréssée et couvrent tous ses agents".

Insomma, Tocqueville critica la Francia perché — osserva — lì vi è "un peuple sans autre aristocratie que celle des fonctionnaires publics, une administration unique et tout-puissante, directrice de l'Etat, tutrice des particulièrs" (14).

Tocqueville tornerà nel 1858, un anno prima della sua morte, su uno dei temi a lui cari, quello dell'accentramento-decentramento, in una lettera del 27 febbraio a Louis de Kergorlay (15), presagendo il progressivo sviluppo dell'accentramento in Inghilterra:

> Il y a dans le gouvernement local beaucoup de défauts de détail qui sont, ce me semble, aperçus et sentis. La supériorité du gouvernement central dans quelques-unes des choses particulières dont il se mêle est assez reconnue. Cependant, il y a non seulement des opinions individuelles puissantes, mais un préjugé public insurmontable qui s'oppose à l'extension de sa sphère. Cela vient, je crois, de plusieurs causes. D'abord, de la constitution aristocratique de la societé anglaise. L'aristocratie est assez éclairée pour comprendre que le jour où le gouvernement central sera maître de l'administration du pays, elle aura, pour ainsi dire, perdu sa raison d'être. Cela vient encore du sentiment confus mais vif que ce système, qui est infirmé dans bien des détails, répand néanmoins une vie, une activité, une varieté dont, en gros, la prosperité publique s'est très bien trouvée et qui a fait de l'Angleterre le pays le plus riche comme le plus libre. Enfin, ce qui empêche de laisser faire, même bien, ses affaires au gouvernement, c'est tout simplement l'envie de les faire soi-même. C'est cette

(14) A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville*, cit., p. 476.

(15) A. DE TOCQUEVILLE, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, II, Paris, Gallimard, 1997, p. 331.

passion d'être maître chez soi, dut-on faire des sottises, qui caractérise si essentiellement aujourd'hui la race anglaise. J'aime mieux mal conduire ma charrue, que d'en livrer les manches à tenir à l'Etat. Nous avons nous-mêmes quelque chose de ce sentiment-là dans la vie privée. Les Anglais le portent au plus haut point dans la vie publique locale. Je suis porté à croire néanmoins que c'est peu à peu la centralisation qui gagne en Angleterre. Mais si lentement que ses accroissements sont presque insensibles (16).

Giunto al termine di quest'antologia di brani di Tocqueville sull'amministrazione, vorrei chiedermi che cosa è caratteristico del suo esame del problema.

In primo luogo, debbo ricordare che Tocqueville scrive nei primi anni di sviluppo di un'amministrazione pubblica in senso moderno. Come è stato osservato, fino alla fine del XVIII secolo, la stessa espressione amministrazione pubblica era sconosciuta. È con il nuovo regime e con Napoleone che un'amministrazione pubblica, sia pur di dimensioni molto ridotte, si consolida. Ed è nei primi decenni del XIX secolo che si comincia a coltivare e a insegnare il diritto amministrativo. Dunque, Tocqueville si interessa di un oggetto relativamente nuovo e poco conosciuto.

In secondo luogo, Tocqueville insegue, per quasi un trentennio, due temi, quello dei rapporti tra amministrazione e giudici e quello dell'accentramento. Sono questi i temi che gli stanno a cuore per la Francia. È su di essi che cerca di raccogliere documenti, materiali, impressioni, per l'Inghilterra, l'America, la Prussia. Sono temi che nessuno aveva ancora messo a fuoco e che Tocqueville sceglie con sicurezza. Rimarranno per i secoli successivi due dei temi principali delle scienze della pubblica amministrazione.

In terzo luogo, Tocqueville esprime un giudizio fortemente critico della sottrazione dell'amministrazione alla giustizia e dell'istituto della garanzia amministrativa. Più distaccato, invece, il suo giudizio sull'accentramento: se era, infatti, stato introdotto dall'assolutismo monarchico nell'*Ancien Régime* e rafforzato da Napoleone, esso avrà, poi, una nuova vita — secondo la magistrale analisi di Tocqueville stesso — a causa della necessità di assicurare l'egua-

(16) A. DE TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, t. XIII, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et de Louis de Kergorlay*, cit., p. 333.

glianza (quando questa si afferma — osserva Tocqueville — tutti i poteri corrono verso il centro).

Al cuore dell'interesse di Tocqueville per l'amministrazione vi è — secondo i canoni ottocenteschi — la componente giuridica, ma non nel senso astratto e formalistico: Tocqueville, anzi, è sempre più attento alla realtà che alle norme.

Anche nel campo amministrativo, Tocqueville non è solo attento analista del suo tempo, ma pure buon profeta degli sviluppi futuri.

La sua critica dell'assenza di giustizia nell'amministrazione francese — condivisa da tutti i liberali puri — sarà accolta nel 1872, con la trasformazione del Consiglio di Stato in giudice vero e proprio. Non sarà una vittoria completa, perché Tocqueville pensava al modello inglese o americano, nel quale c'è un solo giudice. Il XX secolo si incaricherà di avvicinare i due modelli, con l'introduzione, in Inghilterra, di procedure speciali e di giudici specializzati nella *judicial review.*

La previsione di un lento processo di accentramento dell'amministrazione inglese si rivelerà anch'essa fondata. L'accentramento avrà, anzi, negli anni Ottanta del nostro secolo, un'accelerazione improvvisa e notevole, proprio mentre il governo centrale si impegnava, per altro verso, nelle privatizzazioni.

Il diritto amministrativo, infine, liberato dalla componente dispotica (anche se non sempre e dovunque privato del suo lato autoritario), si affermerà dovunque, anche in Inghilterra, nonostante l'anatema lanciato, nel 1885, da Albert Venn Dicey, fortemente, ma a torto, influenzato proprio da Tocqueville.

Ma c'è un contributo ancor più importante dato da Tocqueville alla nostra scienza. La sua attenzione costante per i due lati della Manica (l'Inghilterra era la sua seconda patria) e dell'Atlantico gli consentirono di riconoscere due tratti distintivi dell'amministrazione francese, passati fino allora inosservati: il suo accentramento e la sua sottoposizione a un diritto speciale, il diritto amministrativo. Da buon liberale, Tocqueville criticò — anche se in misura diversa — l'uno e l'altro aspetto, prendendo a modello il sistema anglosassone, dominato dal *self-government* e dal *common law*, con un solo diritto e un solo giudice.

Questi rilievi attirarono l'attenzione di un osservatore inglese,

Albert Venn Dicey, che, nel 1885, nella sua *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* accentuerà questi aspetti della costituzione inglese; in particolare sottolineerà l'assenza, in Inghilterra, di corti amministrative e di un *droit administratif.*

L'opera di Dicey divenne quasi altrettanto famosa delle due opere di Tocqueville e, tradotta nel 1902 in francese, fu lì accolta criticamente, specialmente da Maurice Hauriou, il quale sostenne che il *régime administratif* (quello caratterizzato dal *droit administratif* e dal *Conseil d'Etat*) era più liberale del sistema inglese.

Sulla scia di Dicey e di Hauriou, si è diffusa l'idea che esistano due modelli di amministrazione pubblica, il primo governato da sue norme speciali e da speciali giudici, il secondo sottoposto alle stesse norme dei privati.

Questa contrapposizione, si è rivelata sbagliata, anche perché i due modelli si sono andati correggendo e, in certo modo, avvicinandosi (in Francia, la garanzia dei funzionari fu soppressa nel 1870 e al Consiglio di Stato, nel 1872, è stata riconosciuta la natura di giudice; in Inghilterra, a partire dagli anni Trenta del XX secolo, è stata riconosciuta l'esistenza di un diritto diverso dal *common law* e, nella seconda metà del XX secolo, si è giunti a specializzare i giudici e a prevedere apposite procedure per la *judicial review*). Essa si è rivelata, però, feconda, perché ha consentito, anche nei paesi ordinati secondo il modello francese, di accettare commistioni tra il diritto pubblico e quello privato: se, infatti, secondo Dicey, Hauriou e i loro seguaci, vi è un'intera amministrazione, quella inglese, che è retta dal diritto privato, questo può ben mescolarsi in Francia, Italia, Germania o Spagna a quello pubblico, per attenuarne il carattere unilaterale e autoritario.

Di tutto questo va ancora resa grazie a Tocqueville, che aveva avviato la riflessione in termini comparativi.

« UNE DES FORMES DE L'ETAT NOUVEAU DU MONDE » - RIFLESSIONI SUL DIRITTO AMMINISTRATIVO FRANCESE

1. Il diritto civile è opera dell'antica civiltà romana. Il diritto costituzionale si è sviluppato, quasi contemporaneamente, in numerosi paesi, come l'Inghilterra, la Germania, l'Italia e la Francia. Il diritto amministrativo è opera della Francia. Anzi, esso è uno dei contributi più originali che la Francia abbia recato alla civiltà giuridica.

Queste affermazioni sono confortate dall'opinione di tre osservatori, uno francese, uno inglese e uno americano che hanno scritto in anni diversi (1846, 1885, 1902).

Il primo è Tocqueville, che si è soffermato sul diritto amministrativo nel presentare, nel 1846, alla « Académie des Sciences morales et politiques » il *Cours de droit administratif* di Macarel, Tocqueville afferma: « la Révolution française, qui a introduit tant de nouveautés dans le monde, n'a rien créé de plus nouveau que cette partie de notre droit politique qui se rapporte à l'administration propremént dite ». « On peut prévoir que notre droit administratif deviendra graduellement celui du monde civilisé ». Poi, concludendo, afferma: « on peut tenir pour certain que partout où une révolution semblable se fera, et elle se fait dans toute l'Europe, ici par les peuples, là par les princes, tantot à l'aide des lois politiques, plus souvent sous le couvert des lois civiles, on verra naître quelque chose d'analogue à notre droit administratif; car ce droit lui-meme n'est qu'une des formes de l'Etat nouveau du monde: nous l'appelons le système français; c'est le système moderne qu'il faut dire » (1).

---

(1) *Rapport*, in A. de TOCQUEVILLE, *Œuvres complétes*, publié par Madame de Tocqueville, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, Lévy, 1866, pp. 59 e 73; su questo scritto, A.M. BATTISTA, *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di*

Il maggiore costituzionalista inglese dell'epoca vittoriana, professore ad Oxford, Albert Venn Dicey, nella sua opera più nota, inizia l'esame della contrapposizione tra la *rule of law* e il *droit administratif* con queste parole: « in many continental countries, and notably in France, there exists a scheme of administrative law — known to Frenchmen as "droit administratif" — which rests on ideas foreign to the fundamental assumptions of our English common law, and especially to what we have termed the rule of law » (2).

Più tardi, nel 1902, l'americano Frank J. Goodnow, autore del primo studio sistematico di diritto amministrativo comparato, osserva: « of late years, with the great awakening on the continent of Europe of interest in administrative subjects, the term administrative law — in reality a simple translation of a French expression — has gradually crept into our legal vocabulary, and at the present time has obtained recognition from some of the most advanced legal thinkers » (3).

Come si nota, Tocqueville rivendica alla Francia la scoperta del diritto amministrativo e ne prevede lo sviluppo nel mondo civile. Dicey riconosce il primato francese del *droit administratif*, ma dichiara quest'ultimo estraneo al diritto inglese e alla *rule of law*. Goodnow riconosce implicitamente il primato francese e — al contrario di Dicey — riconosce che esso ha acquisito cittadinanza nel diritto americano e inglese.

Ma quale sono i tratti distintivi di questo originale prodotto delle istituzioni e della cultura francesi? Ci aiuta ad identificarli, in primo luogo, quello stesso Macarel di cui Tocqueville presentava, nel 1846, il *cours*. Egli afferma, riferendosi alle « lois administratives »: « ce qui les distingue est ceci: c'est que les règles de conduite qu'elles nous prescrivent constituent généralement des modifications aux règles tracées par la loi naturelle ou par la loi civile, des

---

Tocqueville e le sue fonti, in A.M. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, Firenze, Centro editoriale toscano, 1989, p. 271, e, sullo scritto della Battista, L. MANNORI, *Tocqueville critico di Macarel*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 18, 1989, p. 607.

(2) A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1961, pp. 328-329.

(3) F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1902, p. 7.

restrictions aux facultés que celles-ci nous reconnaissent ou nous accordent ». Il diritto amministrativo ha un « caractère tout spécial et restrictif ». Per studiare questo diritto speciale, Macarel espone il seguente programma di lavoro — « préciser, sur chaque matière, le droit commun du pays, quant aux choses et quant aux personnes; rechercher ensuite les exigences de l'utilité publique et leurs motifs; expliquer la nature et l'étendue des modifications ou restrictions légales que ces exigences ont fait établir; enfin, et comme conséquence, exposer les droits et les devoirs respectifs de l'administration et des citoyens, c'est-à-dire le droit administratif positif de notre pays » (4).

Il concetto del diritto amministrativo come diritto speciale verrà ripreso più sistematicamente da Hauriou alla fine del secolo. Hauriou osserva: « j'y ai examiné notamment la question grave de savoir si la personalité de l'Etat doit être interprétée comme une sorte de fisc, n'ayant que des droits très proches des droits privés, ainsi qu'on tend à le faire en Allemagne. Je suis arrivé sur ce point à une conclusion négative. La tradition du Droit public français est de conserver à la plupart des opérations administratives un caractére accentué de puissance publique, c'est pour cela que le contentieux en est attribué à une juridiction administrative; il importe de maintenir cette tradition. Limiter l'Etat n'est pas la même chose que l'énerver ou le diluer; l'Etat est une organisation rationnelle, mais en même temps un gouvernement. Il est bon que l'administration sache qu'elle use de droits exorbitants dans l'intérêt de la chose publique; si elle se persuadait jamais qu'elle use de droits très proches des droits privés, elle en arriverait à fonctionner pour elle-même, à croire qu'elle gère sa propre affaire, comme le fit l'administration de Byzance ».

Più avanti, Hauriou precisa che cosa intenda per « droits de

(4) L.A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Paris, Gustave Thorel Libraire, 1848, p. 26 segg. Sulla scia di Macarel, TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 74, osserverà che: « si notre système administratif a été conçu par la liberté, il a été complété par le despotisme ». Osservazioni non diverse si trovano in DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, III ed., Bruxelles, Tarlier, 1834, p. II, dove osserva che l'assemblea costituente aveva sottratto l'amministrazione ai tribunali, temendo che questi potessero impedirne l'azione. Di qui il pericolo di un potere arbitrario e dispotico, accentuato dal carattere incoerente e improvvisato della legislazione.

puissance publique »: « les droits de puissance publique se reconnaissent d'abord à ce qu'ils entrainent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers; ensuite, dans le droit français du moins, à ce que les litiges qu'ils provoquent sont de la compétence des tribunaux administratifs » (5). Sull'argomento egli ritorna anche in un capitolo successivo, precisando che: « les droits de puissance publique sont ceux qui donnent aux personnes administratives une contrainte sur les citoyens, et qui, par conséquent, peuvent entrainer des obligations pour les personnes et des charges pour la proprieté, exorbitant du droit commun » (6).

Questo punto di vista rimarrà fermo nel tempo, anche se, più avanti, l'accento cadrà sulla legge che vincola l'amministrazione. Ad esempio, per Braibant: « pour caractériser ce droit spécial qu'est le droit administratif, on emploie fréquemment l'expression de "puissance publique": le droit administratif serait le droit applicable à la puissance publique ou comportant des "prérogatives de puissance publique" ... le droit administratif ne se caractérise pas seulement par rapport au droit civil par des majorations de pouvoir au profit de l'administration, il n'y a pas seulement des différences en plus, il y a aussi des différences en moins, des minorations de pouvoir, des obligations propres à l'administration que ne supportent pas les particuliers » (7).

2. Dunque, il diritto amministrativo nasce in Francia e la sua originalità consiste — secondo l'opinione unanime della cultura giuridica francese — nell'essere un diritto speciale, derogatorio al diritto civile. Per questo motivo, esso è un diritto autonomo, separato dagli altri rami del diritto. Ma quanto speciale è il diritto amministrativo francese?

La prima ragione della *specialità del diritto*, sta nella *specialità del giudice*. Ma si può far discendere dal dualismo giudiziario un

---

(5) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, III ed., Paris, Larose, 1897, pp. III e 243.

(6) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, cit., p. 558.

(7) G. Braibant, *Le droit administratif français*, III ed., Paris, Dalloz, 1992, pp. 165 e 167. In precedenza, P. Weil, *Le droit administratif*, VIII ed., Paris, PUF, p. 43, dove parla di « dérogations en plus et en moins ».

dualismo di diritti sostanziali? Due elementi fanno sorgere molti dubbi sulla successione giudice speciale-diritto speciale.

In primo luogo, fin dalle sue origini, al giudice amministrativo francese possono presentarsi diversi tipi di « recours de pleine juridiction » (detti anche « de plein contentieux »). Con questi ricorsi (che costituivano inizialmente, prima che si sviluppasse il « recours pour excès de pouvoir », la parte prevalente della giustizia amministrativa) non si chiede al giudice solo di annullare un atto, ma anche di disporre circa comportamenti dell'amministrazione, di condannare l'amministrazione al pagamento di un risarcimento, ecc.

Inoltre, almeno nella materia contrattuale, la giurisdizione amministrativa opera nei due sensi, sia per un privato che proponga azione contro l'amministrazione, sia per l'amministrazione che proponga azione contro un privato.

Dunque, se è vero che il giudice è speciale, non è vero — però — che esso operi sempre in modo speciale, perché le domande che si possono rivolgere ad esso non sono diverse da quelle che si rivolgono al giudice ordinario e perché esso giudica anche su iniziativa dell'amministrazione (ciò vuol dire che questa non può farsi ragione da sola, dando forza esecutiva alla sua decisione).

In secondo luogo, negli ultimi anni (dal 1960), il giudice amministrativo francese ha ampliato l'estensione del suo controllo dei fatti, fino a verificarne l'esistenza, a valutarne la qualificazione e a considerare l'adeguatezza della decisione ai fatti; ha ampliato il suo controllo ai risultati, fino a considerare se la decisione comporti costi eccessivi rispetto ai benefici che produce; ha considerato come proprio compito il controllo dell'« erreur manifeste » relativo sia ai motivi, sia al contenuto dei provvedimenti amministrativi; infine, ha introdotto il controllo della *necessité*, dell'*adaptation* della *proportionnalité* dell'attività amministrativa. Il giudice amministrativo ha, così, ampliato i suoi metodi di controllo della pubblica amministrazione, diventando un temibile contropotere per quest'ultima.

Se il giudice amministrativo è separato da quello ordinario, dunque, non ne segue che il primo debba applicare necessariamente un diritto diverso da quello privato, o agire con strumenti diversi da quelli propri del giudice ordinario.

La seconda ragione della *specialità del diritto amministrativo* sta nella *specialità dei poteri dell'amministrazione*. Questa — secondo la

« vulgata » — ha un potere d'azione unilaterale, potendo intervenire senza il consenso del privato o senza l'intervento del giudice: « privilège d'action d'office » (o « privilège de la décision exécutoire ») e privilegio dell'« éxecution forcée » (8). Ma quanto generale è questo potere derogatorio?

In primo luogo, due beni privati essenziali sono sottratti a questo potere: libertà e proprietà. Le iniziative della pubblica amministrazione in materia di libertà non possono essere eseguite senza l'intervento del giudice ordinario. L'articolo 66 della Costituzione del 1958 dichiara l'autorità giudiziaria « gardienne de la liberté individuelle ».

La proprietà privata, di cui è necessario disporre per fini di interesse collettivo (ad esempio, il compimento di un'opera pubblica), non può essere trasferita con un atto amministrativo: « pas d'expropriation par mesure administrative » osserva Hauriou (9), il

(8) Questo almeno è il punto di vista francese. Si noti che gli osservatori inglesi e americani hanno sempre avuto una diversa opinione, riscontrando il carattere distintivo del diritto amministrativo francese nel principio della responsabilità dello Stato per i danni compiuti dai suoi agenti. L'opinione di Dicey è nota. Meno nota quella dell'americano J. W. Garner: « le caractère du droit administratif français qui le distingue de façon fondamentale du droit anglais ou américain réside dans les règles qu'il pose relativament à la responsabilité de l'Etat en cas de perte ou de dommage subis par les particuliers du fait des délits civils ("torts") de l'Etat ou de ses agents et dans les recours qu'il donne aux particuliers ainsi lésés pour obtenir réparation. En Angleterre et en Amérique c'est un principe juridique général que l'Etat n'est pas responsable des dommages causés par ses délits ou ceux de ses agents et qu'il ne peut être actionné, sans son consentement exprès, par les particuliers qui ont subi un dommage par suite de ces délits » (*La Conception anglo-américaine du droit administratif*, in *Mélanges Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 362).

(9) *Op. cit.*, p. 562. Anche per quanto si dirà più avanti, a proposito di A.V. Dicey, è interessante notare che l'importanza dell'attribuzione ai tribunali ordinari delle questioni di proprietà ed espropriazione non sfuggiva all'attenzione della cultura francese. Ad esempio, A. Ribot, nella prefazione alla traduzione francese del libro di DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard-Brière, 1902, p. XVI osserva: « M. Dicey a écrit un chapitre intitulé: "Du regime de la loi opposé au droit administratif", comme si le droit administratif était nécessairement synonyme d'arbitraire. Il se fait une idée trop absolue de notre système, quand il dit que "toutes les affaires, où les droits d'un individu sont en question par rapport à l'Etat ou aux fonctionnaires qui le représentent, tombent dans le domaine du droit administratif". Cela n'est vrai qu'avec des restrictions et des distinction qui échappent forcément aux juriconsultes des pays étrangers. Les questions de proprieté, par exemple même

quale aggiunge: « l'on remarquera une chose curieuse, c'est que la protection est plus grande peut-être pour la proprieté que pour la personne. Cela tient à ce que l'atteinte à la proprieté est bien plus facile à saisir et à réparer, parce qu'elle est d'ordre pécuniaire. Mais cela prouve une fois de plus, de quelle importance est la proprieté pour l'individu, non seulement comme source de richesse, mais comme garantie d'indépendance ».

Sia nel caso della libertà, sia in quello della proprietà (ma molti altri sono quelli in cui il controllo dell'amministrazione è rimesso al giudice ordinario), non solo la decisione della pubblica amministrazione non è esecutoria, ma ad ordinare l'esecuzione non è il giudice amministrativo, bensì il giudice ordinario.

In secondo luogo, si è sempre riconosciuto che « les droits de personne privée sont les droits des personnes administratives qui ne leur donnent pas de contrainte sur les citoyens et par conséquent pas de prérogatives exorbitantes du droit commun ». Ora, questa distinzione, nell'ambito del soggetto pubblico, tra « droits de puissance publique » e « droits de personne privée » (per adoperare le espressioni di Hauriou) è della più grande importanza. Da un lato, essa pone un limite alla pubblicizzazione integrale dell'attività della pubblica amministrazione. Dall'altro, essa consente di allargare o restringere le due aree, quella di diritto speciale e quella di diritto comune, in relazione ai mutamenti storici, accentuando, così, il lato autoritario o quello liberale del diritto amministrativo (10).

---

lorsqu'elles mettent un individu aux prises avec l'Etat, demeurent des questions de droit civil et appartiennent aux tribunaux ordinaires, mais d'une manière générale. M. Dicey a raison de signaler le contraste qui existe, à ce point de vue, entre la Constitution de l'Angleterre ou celle des Etats-Unis et les Constitutions des Etats du Continent européen ». Su tutta la vicenda dell'espropriazione, c'è ora l'opera importante di L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1995.

(10) Sintomatiche le parole premesse da M. Hauriou al suo saggio *La géstion administrative - étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, pp. III-IV: « Je n'insisterai pas sur les conséquences diverses de cette théorie de la gestion, je les ai suffisamment développées dans le corps du travail. J'observerai seulement qu'elle se recommande par deux avantages principaux. Le premier est qu'elle peut mettre fin à la crise que subit le Droit administratif français. Depuis un certain nombre d'années l'axe de celui-ci s'était déplacé; il avait abandonné les régions où s'éxécutent les services publics pour se porter vers celles où s'élaborent les décisions de principe de la puissance

La vicenda della distinzione tra « services publics administratifs » e « services public industriels et commerciaux » (11) è sintomatica. Il mutamento delle frontiere tra diritto pubblico e diritto privato, all'interno della stessa pubblica amministrazione, è stato percepito dal giudice amministrativo che, accanto alla abilità nell'ampliare la tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica che adopera istituti derogatori, ha mostrato moderazione nello stabilire i limiti della sua azione.

Lo stesso può dirsi della scienza del diritto amministrativo: l'affermazione orgogliosa della propria originalità non le ha impedito di interrogarsi periodicamente sui limiti nei quali la pubblica amministrazione è sottoposta al diritto comune, di dubitare dell'esistenza di un « critère du droit administratif » (12) e di affermare, infine, che « les règles applicables à l'action administrative relevaient tantôt du droit administratif spécial, tantôt du droit privé » e « la spécialité du droit administratif réside précisément dans un amalgame des élements de droit public et de droit privé, le dosage de ces éléments variant selon les matières » (13).

Tutte queste osservazioni fanno sorgere il seguente dubbio: che il diritto applicabile all'amministrazione francese, già dal secolo scorso, non fosse così speciale e derogatorio quanto si voleva far credere.

---

publique; en d'autres termes, il avait incliné vers l'acte de puissance publique et le contentieux de l'annullation, désertant le contentieux de la pleine juridiction; la théorie de la gestion permettra, je crois, de revenir à une situation plus normale, car il n'est pas naturel que ce qu'il y a de plus réel dans l'administration, l'exécution des services publics, n'occupe pas la place principale dans le Droit administratif. Un second avantage, corollaire du premier, est que le Droit administratif une fois solidement établi dans la gestion et dans le contentieux de la pleine juridiction comme dans son élément propre, la jurisprudence et la doctrine pourront travailler à réduir le domaine du contentieux de l'annulation au profit du contentieux de la pleine juridiction en développant constamment le point de vue de la gestion; de la sorte, le Droit administratif enrichira la liste des droits acquis des administrès et augmentera leur efficacité, ce qui, après le bon fonctionnement des services publics, est le bénéfice le plus appréciable que l'on doive attendre de la societé contractée avec l'administration ».

(11) Sulla quale, G. BRAIBANT, *Du simple au complexe - quarante ans de droit administratif (1953-1993)*, in *Etudes & Documents*, n. 45/1993, p. 411.

(12) J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit public*, 1953, p. 290.

(13) P. WEIL, *Le droit administratif*, Paris, PUF, VII ed., 1978, pp. 73 e 75.

A questo dubbio se ne aggiunge un secondo, fondato sulla analisi comparativa dello sviluppo del diritto relativo all'amministrazione pubblica, che non può essere qui approfondito. Un esame diretto delle istituzioni di altri paesi consente di riscontrare che le amministrazioni erano dotate di poteri speciali anche dove l'esistenza di un diritto amministrativo era negata (così in Inghilterra (14)) e che — all'opposto — si riconosceva (ad esempio, negli Stati Uniti) l'esistenza di un diritto amministrativo anche senza bisogno di porlo sulle fondamenta di poteri speciali e di un giudice speciale, e, quindi, senza enfatizzare questi come elementi costitutivi essenziali del diritto amministrativo (15).

3. Questi dubbi conducono ad almeno due conclusioni provvisorie. Primo: la storia avrebbe potuto avere un altro corso, nel senso che il diritto amministrativo francese avrebbe potuto non svilupparsi (il Consiglio di Stato rimanendo — come molti altri giudici — alla periferia del sistema o finendo, invece, per essere attirato nell'orbita del sistema giudiziario e la scienza del diritto amministrativo preoccupandosi meno di affermare la propria natura peculiare, separata dal diritto civile). Secondo: se la specialità dei poteri dell'amministrazione e del giudice è una componente non indispensabile del diritto amministrativo, la scienza francese doveva avere un particolare e più profondo motivo per percepire per prima e con tanto anticipo il fenomeno e studiarlo con tanta cura e ricchezza di elaborazioni.

Le ipotesi che possono spiegare il particolare corso preso dagli eventi, in Francia, da questo ramo del diritto, più e meglio della sua cosiddetta specialità, sono tre, che si aggiungono l'una all'altra.

La prima riguarda la storia costituzionale francese. La burocrazia e, in generale, l'amministrazione sono in una posizione minore in altri ordinamenti; negli Stati Uniti, fino a tempi relativamente recenti, gli impiegati federali potevano essere assunti e dismessi dal capo dell'esecutivo (*spoils system*); anche in Gran Bretagna il *civil service* si è affermato tardi, solo dalla seconda metà del secolo scorso, liberandosi dal *political patronage* solo nel nostro secolo, e rima-

(14) S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, n. 19.

(15) Basti ricordare F. J. GOODNOW, *Comparative administrative law*, cit.

nendo, poi, comunque, in una posizione garantita, ma minore, secondo il modello « yes, minister »; in Italia, la burocrazia è stata sempre sottomessa ai governi e ai partiti che ne facevano parte: anche per la sua provenienza territoriale e di classe, essa ha preferito giocare un ruolo minore, non indipendente.

La Francia è un'eccezione. Qui, fin dall'Ottocento, — secondo la formula di R. de Jouvenel — « les bureaux gouvernent » e il ministro è « prisonnier des bureaux » (16). Il giudice amministrativo ha un posto preminente perché — secondo la formula usata dal Guardasigilli Dufaure in un rapporto sulla riforma del 1872, scritto cinque anni dopo tale data (17), « tout vient aboutir au Conseil d'Etat ».

La Francia è l'unico paese nel quale si afferma — a partire dall'Ottocento — una « societé administrative » (18), nella quale l'alta burocrazia viene a svolgere un ruolo costituzionale, come un vero e proprio potere, non diverso dalla nobiltà dei secoli precedenti.

La prima ipotesi, dunque, è questa: che lo sviluppo del diritto amministrativo sia dipeso dalla particolare evoluzione storica della Francia, nella quale un potere amministrativo, separato da quello governativo, si è sviluppato prima che in altri paesi, dove, invece, il primo era subordinato al secondo (tanto da non distinguersi neppure, nell'ambito di un unico potere esecutivo). Dunque, l'affermarsi di un diritto amministrativo, separato dal diritto politico (per adoperare la terminologia di Macarel e di Tocqueville) è il riflesso dell'affermarsi dell'amministrazione come soggetto costituzionale separato dal governo.

La seconda ipotesi è legata alla prima. Per non rimanere assorbito nel corpo politico, il corpo amministrativo doveva sviluppare propri istituti, regole, dottrine. Questo compito fu svolto da un cospicuo numero di grandi talenti la cui caratteristica comune fu di unire, nel corso della propria vita, quattro posizioni: amministratori

---

(16) *La République des camarades*, Paris, 1914.

(17) Cit. in P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration*, Paris, PUF, 1968, p. 509 (questo volume è ora in P. LEGENDRE, *Tresor historique de l'Etat en France*, Paris, Fayard, 1992).

(18) P. LEGENDRE, *op. cit.*, p. 546; ma è importante tutto il cap. « La formation d'un type bureaucratique », pp. 409-556.

pubblici, giudici, studiosi, professori (molti ebbero un quinto ruolo, essendo attivi nella vita politica, come deputati e ministri). Come amministratori essi avevano esperienza diretta del fenomeno nuovo dell'amministrazione. Come giudici stabilivano regole e criteri di azione dell'amministrazione (19). Come studiosi sistemavano organicamente leggi e regolamenti amministrativi (De Gerando — racconta Macarel (20) — aveva raccolto, scelto e coordinato più di 80 mila testi di leggi e di regolamenti), ordinandoli in un corpo armonico e stabilendo i principi ai quali tali testi sottostavano. Quali professori, infine, facevano opera di divulgazione e formavano nuovi amministratori. Quando erano politici, infine, contribuivano alla redazione delle leggi amministrative che avrebbero eseguito, giudicato, studiato, insegnato.

Per tutto l'800, chi insegnava diritto amministrativo o scriveva di esso era anche giudice ed amministratore, o era stato tale. Gerando, nella sua vita, ricoprì diverse cariche di amministrazione attiva e fu consigliere di Stato, insegnando, contemporaneamente, dal 1819, il diritto amministrativo alla facoltà giuridica dell'Università di Parigi. Macarel, di un ventennio circa più giovane, fece lo stesso percorso, condividendo per quattordici anni, dal 1825, con Gerando il lavoro al Consiglio di Stato, l'insegnamento e l'attività di studio e di scrittore. Lo stesso può dirsi del coetaneo di Macarel, il de Cormenin; di Alexandre-Auguste Vivien, che è di un decennio più giovane e si impegna anche in politica, come deputato e ministro

(19) Salvo, poi, ordinarli in forma sistematica, per dare una guida al cittadino e all'amministrazione: si pensi, in particolare, al lavoro avviato da Macarel con gli *Elements de jurisprudence administrative*, nel quale egli così esponeva il suo programma « J'ai pensé que faire connaître les principes qui régissent chacune des matières du Contentieux administratif, ce serait à la fois éclairer les citoyens sur leurs devoirs et leurs intérêts, et faciliter peut-être l'amélioration de nos lois administratives. Il serait toutefois difficile de présenter sous la forme d'axiomes invariables, les principes qui régissent l'Administration, si mobile de sa nature. Cependant, la suite de ces principes forme une espèce de Jurisprudence dont l'observation doit être d'autant plus obligatoire que, dans l'absence de la loi, cette Jurisprudence est le seul guide des juges administratifs. Et c'est aussi parce qu'elle est exposée à de fréquentes modifications, qu'il était plus utile d'en saisir et d'en fixer les principaux caractères, afin de porter l'ordre et la règle où n'ont jusqu'ici régné que trop souvent, et par la force mème des choses, la contradiction et l'arbitraire ».

(20) *Op. cit.*, p. III.

della giustizia e dei lavori pubblici; di Léon Aucoc; più tardi, di Edouard Laferrière, funzionario alla direzione generale dell'amministrazione dei culti e governatore generale di Algeria, consigliere di Stato e studioso tra i più influenti.

Questa eccezionale mobilità professionale si sposava con la versatilità delle persone. La versatilità, insieme con l'assenza di barriere tra un mestiere e l'altro, faceva di esse una componente essenziale della classe dirigente.

Quale componente della élite dirigente del Paese, la classe amministrativa avrebbe perduto le proprie caratteristiche peculiari, venendo a fondersi con le restanti parti della classe dirigente, se non avesse preservato intatti gli istituti e la cultura da cui proveniva. Qui sta la lungimiranza e la grandezza dell'alta amministrazione francese, a fronte di quella di altri paesi, dove pure vi sono stati — di tanto in tanto — alti burocrati-giudici-studiosi-politici. In Francia, quel legame era tenuto saldo dal diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo, dunque, è nello stesso tempo, prodotto della storia e della cultura. I protagonisti della sua vicenda erano non meno costruttori della sua storia che della sua tradizione. L'una e l'altra servivano ad affermare e sostenere la posizione costituzionale del vertice della burocrazia, dando ad esso un fondamento sociale, nel corpo di provenienza.

Questo spiega anche la prevalenza, nel diritto amministrativo dell'Ottocento (e, in parte, la sua permanenza ancora oggi), della componente autoritaria del liberalismo, quella componente che susciterà le critiche di Tocqueville (le quali, a loro volta, nutriranno l'opposizione di Dicey al diritto amministrativo).

La seconda ipotesi, dunque, è questa: l'amministrazione aveva al suo vertice un corpo di amministratori-giudici-studiosi-professori (e politici), interessato ad affermare la propria posizione e quella degli istituti in cui operava, ciò che fu fatto accentuando il carattere speciale, derogatorio, del diritto amministrativo. Se questo non fosse avvenuto, schiere di amministratori pubblici non si sarebbero visti riconoscere ruoli, poteri, *status* privilegiati, e il Consiglio di Stato non avrebbe avuto la storia gloriosa che ebbe.

La terza ipotesi ha le sue radici nel secolo scorso, ma riguarda il secolo ventesimo. Può essere esposta brevemente nel modo seguente. Dicey, nella sua *Introduction to the Law of the Constitution*

del 1885, aveva contrapposto la *rule of law* al *droit administratif*, sostenendo che quest'ultimo era il regno dell'arbitrio. Tradotto nel 1902 in francese, il volume di Dicey suscitò in Francia grandissimo interesse (fu presto considerato « livre célèbre » (21)), ma suscitò, in particolare, una reazione ironica e critica di Gastone Jèze e una indignata di Maurice Hauriou (22). Quest'ultimo, con accenti nazionalistici, critica la critica fatta da Dicey del « droit administratif », spiegando che esso tutelava meglio il cittadino del diritto comune anglosassone. Nel calore della polemica contro il sostenitore dell'amministrazione senza diritto amministrativo, Hauriou finisce per accentuare le caratteristiche proprie del diritto amministrativo, e per parlare di un vero e proprio « régime administratif ».

L'argomento principale è sviluppato dal professore di Tolosa nell'undicesima edizione, del 1927, del *Précis de droit administratif*. Hauriou inizia definendo i caratteri del « régime administratif » e contrapponendo « pays sans régime administratif » e « pays à régime administratif ». Poi identifica in questo modo le caratteristiche del « régime administratif » (23): « les Etats à régime administratif, dont la France est le type le plus achevé, présentent un tout autre caractère. D'une part, toutes les fonctions administratives y ont été fortement centralisées et confiées à un pouvoir unique; d'autre part, ce pouvoir, en tant que juridique, c'est-à-dire en tant que chargé de l'administration du droit et de la loi en ce qui concerne son activité, n'est pas le pouvoir judiciaire, mais bien le pouvoir exécutif. Il s'ensuit une série de conséquences: les agents administratifs, au lieu d'être placés sous le contrôle des tribunaux ordinaires et de la loi ordinaire, sont placés sous l'autorité hiérarchique de chefs appartenant au pouvoir exécutif et son régis par des lois et règlements spéciaux; les autorités administratives agissent vis-à-vis des administrés par la procedure de la décision exécutoire sans autorisation préalable de la justice; les citoyens ne peuvent point faire adresser des injonctions aux fonctionnaires par autorité de justice pour les contraindre à accomplir leur service; les agents administratifs pour-

(21) Così L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, I vol., p. 488.

(22) Su Hauriou, L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Pichon, 1966.

(23) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, XI ed., Paris, Sirey, 1927, p. 2.

suivis en responsabilité sont couverts, jusqu'à un certain point, par une garantie administrative; il n'y a pas une seule espèce de lois, mais il faut distinguer des lois ordinaires et des lois administratives; il n'y a pas une seule espèce de juridiction, mais il y a une juridiction administrative à côté de la juridiction ordinaire, et ces deux ordres de juridictions sont séparés constitutionnellement; pour régler les conflits d'attribution entre les deux autorités, un tribunal des conflits est nécessaire; enfin, outre l'autorité de la loi et du juge ordinaire, les citoyens sentent peser sur eux l'autorité du pouvoir administratif et de son interprétation des lois ».

Più avanti, Hauriou spiega il « valeur pratique du droit administratif français » in un paragrafo che è tutto in polemica con Dicey. Egli afferma che: « Il ne suffit pas d'établir que notre droit administratif est, par rapport au droit commun, un droit exceptionnel autonome, il convient encore de dégager ses caractères spécifiques. Ils sont au nombre de trois: c'est un droit d'équité fait par le juge; c'est un droit qui se place au point de vue de l'exercise des droits des administrations publiques et qui, par suite, est fondé sur la théorie de l'acte et sur celle de l'operation, parce que les droits s'esercent par des actes et par des opérations; c'est un droit créateur de situations juridiques qui se surajoutent à celles de la vie civile ».

Poi, ancora in polemica diretta con Dicey, afferma: « la grande divergence entre le droit anglais et le droit français, résulte de ce qu'en droit anglais le fonctionnaire a toujours été responsable des violations du droit individuel qu'il pouvait commettre, tandis qu'en droit administratif français, au début, il ne l'a pas été. Sans doute, depuis l'abolition de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, le fonctionnaire est chez nous responsable dans une certaine mesure, mais cette réforme s'est produit trop tard, le pli était pris, tout le besoin de représailles avait trouvé sa satisfaction dans le recours contre l'acte et dans les sanctions en indemnité contre l'administration. Historiquement, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et la garantie des fonctionnaires sont cause, au moins autant que le principe de la séparation des pouvoirs, de la canalisation de notre droit administratif dans la théorie de l'acte. Je ne crois point que cela ait été facheux. Pour son développement théorique, notre droit y a certainement gagné; au point de vue pratique, je ne sais pas si nous y avons perdu. Je considère la responsabilité des fonctionnaires, telle

qu'elle est organisée en Angleterre, comme une bonne garantie constitutionnelle, mais comme un mauvais recours administratif, parce qu'elle est une trop lourde machine à remuer; elle peut servir à éviter les gros abus de pouvoir, mais elle ne vaut rien contre les bévues journalières de l'administration, c'est-à-dire qu'elle laisse sans sanction l'excès de pouvoir proprement dit et la faute de service. C'est donc une garantie constitutionnelle qui a été nuisible au développement des garanties administratives. Notre droit, au contraire, a su engendrer des garanties administratives pour la bonne gestion des affaires; il est vrai qu'il nous laisse exposés à quelques abus de pouvoir, mais nous verrons plus loin que l'on pourrait facilement remédier à ce défaut, et il faut bien savoir aussi que, dans une administration très développée, les bévues journalières sont un mal, qui, si on le laissait devenir chronique, serait très pénible ».

Non interessa qui chi avesse ragione, se Dicey o Hauriou (24). Né interessa se il sistema inglese fosse migliore di quello francese, o il contrario (25). Interessa, invece, notare che, nell'affermazione orgogliosa, da parte di Hauriou, della bontà degli istituti francesi, si rafforza il carattere distintivo del diritto amministrativo francese: nella contrapposizione, il diritto amministrativo finisce per presentarsi più speciale, più derogatorio, più diverso dal diritto civile.

4. Questo discorso — esile negli sviluppi — ha, però, toccato molti temi. Proviamo a riassumerlo e a concluderlo.

Un diritto amministrativo, con propri istituti anche se talora senza propri giudici, si è sviluppato, sia pur in modi diversi, nel corso dell'Ottocento in molti paesi, appartenenti sia alla famiglia dei paesi con codice civile, sia alla famiglia dei paesi a *common law*. Ma in Francia i suoi istituti hanno acquisito un'importanza particolare e

---

(24) Su questo problema S. CASSESE, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia - Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1995, n. 1, p. 107 ss.

(25) Nel corso del diciannovesimo secolo, i liberali francesi, a cominciare da Tocqueville, nutrirono grande ammirazione per il sistema inglese e furono contrari al Consiglio di Stato, alla giurisdizione amministrativa e ai privilegi dell'amministrazione; queste loro critiche determinarono l'atteggiamento critico di Dicey, che, a sua volta, produrrà la contrapposizione regime amministrativo-regime giurisdizionale.

la scienza giuridica è stata più sollecita che in altri paesi nell'impegnarsi nello sforzo ricostruttivo di questo ramo del diritto. Oggi nessuno più sottoscriverebbe la tesi — così diffusa tra il 1885 e la metà del ventesimo secolo — secondo la quale vi sono ordinamenti con diritto amministrativo e ordinamenti senza tale diritto.

Dunque, la ragion d'essere propria del diritto amministrativo non va cercata dentro di esso, nel suo giudice speciale e nei suoi poteri speciali, come ha sempre fatto la cultura francese; ma fuori di esso, nella acquisizione di una posizione costituzionale da parte dell'alta burocrazia e nel riconoscimento di quello amministrativo come potere autonomo dal potere governativo.

Questo dato costituzionale ha avuto un eccezionale sviluppo per l'azione, in Francia, di due fattori, il primo presente nel diciannovesimo secolo, il secondo nel ventesimo secolo. Il primo è dato dal fatto che i maggiori insegnanti e studiosi erano anche amministratori (con posizioni importanti), membri del principale corpo giudicante amministrativo e, talora, anche politici di rilievo. Il secondo è dato dalla contrapposizione tra il modello francese e quello inglese (le due maggiori potenze mondiali dell'epoca).

Se il primo fattore conserva oggi ed, anzi, accresce la sua importanza, il secondo e il terzo sono scomparsi. È forse per questo che la cultura giuridica francese si interroga, negli anni recenti, sempre più frequentemente, sulle ragioni d'essere del diritto amministrativo, ripercorrendo i sentieri battuti dal liberalismo nel diciannovesimo secolo ([26]). Ma a questa domanda non è ancora stata data una risposta convincente.

([26]) L. COHEN TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985; *Pouvoirs*, 1988, n. 46 (numero dedicato al diritto amministrativo) e CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993.

ALBERT VENN DICEY E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

« For forms of government let fools contest/whate'er is
best administered is best »
ALEXANDER POPE, *Essay on Man*

1. « There exists in England no true ''droit administratif'' »: un tema con molte variazioni. — 2. « The Law of the Constitution »: il regno della legge e dei giudici. — 3. « The Law of the Constitution »: le idee di Dicey sui giuristi, sul diritto e sulle Costituzioni inglese e francese. — 4. Le altre opere di Albert Venn Dicey: il metodo e l'insegnamento del diritto e lo studio della storia inglese, antica e recente. — 5. I debiti e i crediti di Dicey. — 6. Ma Dicey aveva ragione? Le reazioni a Dicey. Pubblica amministrazione e diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana.

(*) Dal 1985 al 1989, ho lavorato intorno al « mito » dell'amministrazione senza diritto amministrativo, formatosi tra la Francia e l'Inghilterra nella seconda metà del XIX secolo e che ha avuto importanti sviluppi in Germania e in Italia nella prima metà del XX secolo. Il capitolo su Dicey di questa ricerca ha assunto uno sviluppo ed ha acquisito una autonomia tali che mi decido, ora, a pubblicarlo separatamente, anche se mi rendo conto della sua incompletezza e provvisorietà.

Debbo ringraziare molte persone. Innanzitutto, il « Warden » e il « Librarian » dell'All Souls College di Oxford, per avermi consentito di consultare i manoscritti non pubblicati di Dicey. Poi, Andrew Adonis, del Nuffield College, e Henry Parris, dell'Università di Londra, per avere attirato la mia attenzione su molti aspetti della storia costituzionale dell'Inghilterra vittoriana, e John Bell, allora « fellow » del Wadham College di Oxford (ora professore dell'Università di Leeds), per i consigli che mi ha dato sugli sviluppi storici del diritto amministrativo inglese. Poi Eric Barendt, allora « fellow » del St. Catherine College di Oxford (ora professore all'Università di Londra), John Bell, Marco D'Alberti, dell'Università di Ancona, Enrico Gustapane, della Corte dei conti, Geoffrey J. Hand, professore all'Università di Birmingham e Vincent Wright, « fellow » del Nuffield College di Oxford, per aver letto il manoscritto e per i commenti. Questa ricerca non sarebbe stata possibile senza l'ospitalità del Nuffield College, che mi ha consentito di trascorrere, in anni diversi, lunghi periodi ad Oxford. Per questo, desidero ringraziare il « Warden » e il professor Vincent Wright.

1. *« There exists in England no true "droit administratif" »: un tema con molte variazioni.*

Molti autori debbono la loro fama ad un'opera. Alcuni, al capitolo di un'opera: Montesquieu, ad esempio, al capitolo VI dell'undicesimo libro dell'« Esprit des lois » (1). Albert Venn Dicey, il maggiore giurista dell'Inghilterra vittoriana (1835-1922) (2) ad ambedue. Ad un'opera, intitolata « Introduction to the Study of the Law of the Constitution » (3), in cui sviluppa la notissima teoria della sovranità del Parlamento, e al capitolo XII di essa, intitolato « Rule of Law Compared with ''droit administratif'' ». Prima d'inoltrarci nel capitolo indicato, fermiamoci per fare un'avvertenza. L'opera in

---

(1) R. Shackleton, *Montesquieu — A Critical Biography*, Oxford, Oxford Univ. Press, p. 284.

(2) Su di lui, dal punto di vista biografico, A. Pillet, *Le professeur Dicey*, in *Revue du droit public*, 1922, avril-juin, p. 5-7; T.E. Holland, *The Late Professor Dicey*, in *The Law Quarterly*, 1922, vol. 38, p. 276-279 (ambedue questi scritti sono di scarso interesse); H. Laski, *Obituary Note*, in *The Nation and the Athenaeum*, 1922, vol. 31, 15 april, p. 77, mette Dicey al livello di Blackstone, Pollock e Maitland; osserva che Dicey ha iniziato un nuovo e importante corso nella storiografia inglese; aggiunge che lo studioso fu di grande cultura e acume, e che l'insegnante fu ancor più grande dei suoi libri; sottolinea il suo pervicace individualismo; si noti che Laski fu uno degli ultimi allievi, ad Oxford, di Dicey e che ne ha sempre apprezzato l'opera, ritenendo « Law of the Constitution » e « Law and Opinion » scritti magistrali, capolavori, modelli degni di ammirazione, in cui anche le questioni più complesse sono colte e trattate in modo diretto, tralasciando gli aspetti non essenziali, in modo che il lettore si trova « in medias res » fin dalla prima pagina: *Holmes Laski Letters — The Correspondence of Mr Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916-1935*, a cura di M. De Wolfe Howe, 2 voll., Oxford, Oxford Univ. Press, 1953, lettere che vanno dal 1918 al 1925, I vol., pp. 307, 421, 422, 429, 553, 621, 674, 707, 771); R.S. Rait, *Dicey, A.V.*, in *Dictionary of National Biography 1922-1930*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1937, p. 259; H.G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Oxford, Blackwell, 1958, p. 98-163; G. Marshall, *Dicey A.V.,* in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, IV vol., London, Macmillan, 1968, p. 159; R.A. Cosgrove, *The Rule of Law — A.V. Dicey, Victorian Jurist*, University of North Carolina Press, 1980, su cui l' importante recensione di D. Sugarman, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science*, in *Modern Law Review*, 1983, vol. 46, January, p. 102; Trowbridge H. Ford, *A.V. Dicey — The Man and his Times*, Chichester, Barry Rose, 1985; J. F. Mc Eldowney, *Dicey in Historical Perspective — A Review Essay*, in P. Mc Auslan and J. Mc Eldowney (a cura di), *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1985, p. 39 ss.

(3) London, Macmillan, tuttora ristampata; peraltro, ne esiste anche una edizione americana, Liberty Classics, s.l., 1982, con presentazione di Robert Michener.

questione ha avuto otto edizioni nel corso della vita dell'autore, la prima essendo del 1885, l'ultima del 1915. In quasi trenta anni, l'autore è più volte tornato sulle sue idee, sia pur mantenendo alcune conclusioni di fondo.

Si può dire che il capitolo che ci interessa abbia avuto almeno quattro modificazioni, delle quali almeno tre importanti. Infatti, l'autore, nel licenziare la seconda edizione (1886), a distanza di sei mesi dalla prima, apportava numerose modificazioni all'analisi del diritto amministrativo francese.

Poi, nella sesta edizione (1902), aggiungeva due note, una su « English Misconceptions as to ''droit administratif'' » e una su « Evolution of ''droit administratif'' » (ma si tratta della riproduzione, in due parti, di un articolo pubblicato nel 1901, su « Droit administratif in Modern French Law » (4)) per correggere errori precedenti, ma, principalmente, per richiamare l'attenzione sullo sviluppo notevole del diritto amministrativo in Francia: questo, secondo Dicey, nel corso del secolo XIX, si era trasformato « from a system of administrative arbitrariness into a body of law, though law of a peculiar character ». Nel 1908, pubblicando la settima edizione, l'autore riscriveva il XII capitolo, per tener conto di critiche rivoltegli, per incorporare le due lunghe note poste in appendice all'edizione precedente e, infine, per mostrare più ampiamente l'evoluzione del diritto amministrativo, che si oppone nei suoi principi fondamentali alle idee che sono alla base della Costituzione inglese, anche se il cambiamento al quale è soggetto lo avvicina « to a regular though peculiar system of law » e, quindi, diminuisce la distanza col sistema inglese.

L'ultima edizione pubblicata da Dicey durante la sua vita è del 1915. L'autore preferì lasciare immutato il testo del volume, ma vi aggiunse una prefazione di quasi cento pagine, nella quale — come vedremo meglio avanti — concedeva che anche in Inghilterra si stesse sviluppando un corpo di norme paragonabile al diritto amministrativo.

Per cominciare, vediamo quali sono le conclusioni di Dicey nell'edizione che potremmo dire finita della sua opera, quella del 1908 (5).

---

(4) *Law Quarterly Review*, 1901, july, vol. 17, p. 302-318.

(5) DICEY, *op. cit.,* p. 388-393.

Il « droit administratif » — afferma Dicey — è fondato su idee assolutamente estranee al diritto inglese. In primo luogo, sull'idea che i rapporti tra privati e Stato sono retti da principii sostanzialmente diversi da quelli che regolano i rapporti tra privati. In secondo luogo, sull'idea che l'applicazione di questi principii non rientra tra i compiti dei giudici ordinari.

Tutto ciò rende impossibile l'identificazione del « droit administratif » con un ramo del diritto inglese. Anche l'allargamento delle funzioni statali e l'attribuzione a funzionari pubblici di funzioni — come dice l'autore — quasi giudiziarie, non ha dato nessuna base al « droit administratif » in Inghilterra.

Anche se vi è una « slight approximation to ''droit administratif'', « there exists in England no true ''droit administratif'' ». Infatti, in Inghilterra, i poteri dell'esecutivo e dei suoi dipendenti possono essere aumentati, ma debbono essere esercitati secondo « the ordinary common law principles which govern the relation of one Englishman to another ». Se un dipendente eccede i suoi poteri, diventa personalmente responsabile dell'atto compiuto, anche se in esecuzione di ordini dei superiori, davanti ai giudici ordinari.

Esposte le tesi di fondo dell'autore, vediamo le differenze tra le diverse versioni. Quello che segue non è soltanto un esercizio di filologia giuridica, ma anche un tentativo di comprendere in quale stadio dell'evoluzione del suo pensiero Dicey ha esercitato tanta influenza sul pensiero giuridico italiano (e, come vedremo, francese e tedesco).

Nella prima edizione, come notato, Dicey tratta del « droit administratif » nello stesso capitolo dedicato alla « rule of law » e contrappone il primo al secondo (6). Il « droit administratif » è fondato — egli dice — su due idee. La prima è che l'amministrazione e i suoi funzionari hanno, come portatori dell'interesse generale, un corpo di diritti, privilegi e prerogative che i privati non hanno. Il « droit administratif » è, quindi, un corpo di norme diretto a preservare i privilegi della pubblica amministrazione. In secondo luogo, il « droit administratif » è fondato sull'idea che la pubblica amministrazione e i suoi dipendenti debbono essere — quando

(6) P. 182 ss.

agiscono nella loro veste ufficiale — indipendenti e liberi dal controllo dei giudici ordinari.

Dalla combinazione di queste idee Dicey fa discendere quattro caratteristiche del « droit administratif ». In primo luogo, l'amministrazione e i suoi funzionari sono regolati da un complesso di norme speciali, che sono leggi, ma differiscono dalle leggi che regolano i rapporti tra privati.

In secondo luogo, i giudici ordinari non hanno, in generale, competenza in questioni che riguardano il diritto amministrativo.

In terzo luogo, il « droit administratif » è amministrato da corti amministrative, a capo delle quali è il Consiglio di Stato. Tali corti non sono indipendenti dall'esecutivo.

Infine, i conflitti di giurisdizione sono regolati da un « Tribunal des conflits » che è a metà corpo amministrativo, a metà giudice.

A questo è da aggiungere che — secondo l'autore — l'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII (1800), secondo il quale i funzionari pubblici non possono essere soggetti ai giudici se non previo decreto del Consiglio di Stato, per quanto formalmente abrogato nel 1870, era rimasto, in effetti, in vigore, consentendo ai funzionari pubblici, nell'esercizio di una funzione amministrativa, di essere irresponsabili civilmente per i danni commessi e di essere esentati dalla giurisdizione del giudice ordinario.

Tornando all'Inghilterra, Dicey concludeva che il « droit administratif » poteva trovare corrispondenze nella storia del sedicesimo e del diciassettesimo secolo, non nella Costituzione dell'Ottocento. Questa riposa su due principi opposti a quelli francesi: la supremazia della « Rule of the Law of the Land » e la « strict supervision over the proceedings of the Crown and its servants » da parte delle « common law courts » (7).

Questo, dunque, è il punto di partenza. Come osservato, la seconda edizione (1886) conterrà solo alcune correzioni, ma nessun cambiamento del punto di vista generale. Nella terza edizione (1889), la lezione sulla « Rule of Law » e il « droit administratif » verrà divisa in due capitoli, dedicati ognuno ad un argomento. Le note dell'edizione del 1902 saranno fuse col testo per dare vita ad un più ampio capitolo della settima e definitiva edizione del testo,

(7) Sul principio della irresponsabilità della Corona ci soffermeremo più avanti.

quella del 1908 (come notato, l'autore preferirà non modificare il testo per la ottava edizione, aggiungendo solo una lunghissima prefazione di aggiornamento, secondo un uso spesso seguito per i testi generali e i manuali giuridici in Inghilterra).

Ritorniamo, dunque, al punto dal quale siamo partiti, l'edizione del 1908, per esaminare in quali altre parti essa differisca da quella di 23 anni prima.

Le variazioni principali sono due. In primo luogo, il « droit administratif » è posto in una prospettiva storica. In secondo luogo, alla fine del capitolo, vengono soppesati pregi e difetti della « Rule of Law » e del « droit administratif ». Nel lungo esame storico, che incorpora molta parte del materiale precedente, Dicey inizia il suo esame da Napoleone. Il « droit administratif » viene spiegato come un diritto posto a protezione dei funzionari e, quindi, in conflitto col principio di eguaglianza (anche se concede ai suoi critici che la disciplina che mira a proteggere i funzionari è solo una parte del « droit administratif »). Di qui le quattro conseguenze che conosciamo: leggi speciali regolano i rapporti dei privati con la pubblica amministrazione; speciali giudici amministrativi, non le corti ordinarie, giudicano l'amministrazione; le questioni di giurisdizione sono attribuite allo stesso giudice amministrativo; i funzionari sono protetti dall'art. 75 della Costituzione.

Gli Orleans e il secondo Impero (1830-1870) non mutarono la situazione: rimane la protezione legale dei funzionari e il Consiglio di Stato resta corpo amministrativo.

Solo con la terza repubblica (1870) si registrano mutamenti: nel 1872 si passa dalla « justice retenue » alla « justice déléguée » e le questioni di giurisdizione sono attribuite al « Tribunal des conflits », composto a metà da consiglieri di Stato, a metà da giudici ordinari. Nel 1870, viene abrogato l'art. 75: ma questa sarà più apparenza che realtà, perchè, abolita la norma espressa, la giurisprudenza riterrà vigente il principio della separazione dei poteri inteso nel senso francese, del divieto di interferenza del potere giudiziario in quello esecutivo, rimanendo arbitro il « Tribunal des conflits » di stabilire se un particolare caso andava attribuito al giudice ordinario o a quello amministrativo.

Vediamo, ora, quali sono, secondo Dicey, i pregi e i difetti dei

due sistemi (8). Quello inglese, secondo il nostro autore, ha il pregio di difendere meglio la libertà individuale, facendo rispettare il principio di eguaglianza e garantendo ai giudici ordinari non solo indipendenza, ma anche una giurisdizione piena, non limitata dal potere esecutivo.

Esso, però, presenta anche il difetto di un eccesso di legalismo, nonché altri due inconvenienti, che derivano dal principio della responsabilità personale dei funzionari. Il primo, che violazioni della legge da parte di pubblici funzionari possono avere molto maggiore importanza e meritare pene più elevate di quelle compiute da un dipendente di una organizzazione privata, mentre la sottoposizione di entrambi alle medesime norme e allo stesso giudice fa sì che questa diversità non venga riconosciuta.

Il secondo, che la responsabilità personale dei funzionari pubblici e la circostanza che è un giudice ordinario (e una giuria) che deve giudicarli può frustrare l'applicazione di una legge che conferisce all'amministrazione e ai suoi funzionari poteri di intervento rispetto a privati.

Quanto al sistema francese (« droit administratif »), esso ha il merito di consentire a tutti i cittadini di proteggersi nei confronti di azioni illegittime della pubblica amministrazione (controllo dell'« excés de pouvoir »), anche quando non abbiano subito un danno.

Il « droit administratif », però, ha tre difetti. In primo luogo, i giudici amministrativi non sono completamente indipendenti dall'esecutivo, perché ad essi manca l'« absolute security of tenure », l'inamovibilità e l'indipendenza nella carriera (promozioni). In secondo luogo, il procedimento penale è antiquato e pesante, e il « trial by jury » sempre meno usato. In terzo luogo, il successo con il quale i giudici amministrativi hanno esteso il diritto dei danneggiati di ottenere un risarcimento dalla stessa pubblica amministrazione, ha costituito una nuova forma di protezione per i dipendenti pubblici e di immunità personale per essi.

S'è detto prima delle diverse versioni di questa tormentata analisi del « droit administratif » e si sono passate in rassegna le tappe della formazione e dei mutamenti del pensiero di Dicey. Fin

(8) P. 394 ss.

qui appare chiaro che Dicey ha cambiato opinione circa la natura del « droit administratif », prima considerato come non diritto, mero arbitrio e discrezionalità, poi come un vero e proprio ramo del diritto. Ciononostante, Dicey ha sempre mantenuto ferma la sua critica del « droit administratif », per la non completa autonomia dei suoi giudici e per la diseguaglianza che esso produce nei rapporti tra cittadini e Stato, da un lato, e tra i cittadini, dall'altro.

La vicenda intellettuale di Dicey, a proposito del diritto amministrativo, non finisce qui. Egli, infatti, è tornato almeno altre quattro volte sul tema, sia nel lungo periodo nel quale preparava nuove edizioni dell'« Introduction to the Law of the Constitution », sia nel periodo successivo.

In primo luogo, vi è tornato in un'opera inedita, intitolata « Comparative Study of the Constitution », alla quale lavorò dal 1895 al 1900, e della quale si conservano, nell'archivio dell'« All Souls College », ad Oxford, le note in diverse versioni. La più ampia relativa al « droit administratif » è del 1899 ed è intitolata « Conclusions as to French Droit Administratif ».

In secondo luogo, vi è tornato nelle « Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century », tenute prima alla « Harvard Law School » nel 1898, poi ripetute ad Oxford e, infine, pubblicate in volume nel 1905. Nonché nella seconda edizione (1914) di questo volume, alla quale aggiunse una lunghissima introduzione contenente gli aggiornamenti sugli sviluppi fino a quella data.

In terzo luogo, come già osservato, Dicey scrisse, per la settima ed ultima edizione (lui vivente) di « Law of the Constitution » (1915), una lunghissima prefazione di aggiornamento, in cui ritornò sul « droit administratif ».

Infine, in un breve articolo del 1915, su « The Law Quarterly Review » (9) registrava « The development of administrative law in England ».

Di questi testi il più singolare è il primo. L'impianto e lo sviluppo della prima parte sono simili alle note di aggiornamento alla sesta edizione (1902), ma le conclusioni vanno ben oltre.

Già nella prima parte, in nota, osserva che nel suo volume « Law

(9) Vol. XXI, p. 148.

of the Constitution » non è adeguatamente riconosciuta la misura in cui il « droit administratif » si è sviluppato, divenendo un vero e proprio corpo di diritto, amministrato da giudici. Poi, dopo aver esaminato lo sviluppo storico del « droit administratif », passa a valutarne difetti e pregi e conclude con due pagine che meritano di essere riassunte.

Il « droit administratif » — osserva Dicey — ha diversi meriti. In primo luogo, dà ad una persona che abbia ricevuto un danno dalla pubblica amministrazione un'azione per ottenere il risarcimento dallo Stato. Un cittadino inglese non ha questa possibilità. Egli può solo tentare di ottenere un risarcimento dal dipendente pubblico che ha provocato il danno, non ha un'azione contro la Corona.

Altro aspetto apprezzabile del sistema francese è quello di dare una possibilità di ricorso contro atti « ultra vires », anche quando da essi non discende un danno pecuniario, per ottenerne l'annullamento. « As far as I can discover, no similar power exists under English law ». Se, ad esempio, l'« Home Office » emana un ordine che è « ultra vires », perché va al di là dei poteri attribuiti dalle leggi o di quelli riconosciuti alla Corona come « prerogative », nessuno può ricorrere perchè l'atto venga annullato. È un difetto del diritto inglese quello di dare pochissimi mezzi per accertare la legalità di un'atto, quando questo non causi danno.

Terzo aspetto positivo del « droit administratif » è che il carattere amministrativo del « Conseil d'Etat » rende più semplice l'esecuzione di leggi adottate nell'interesse dello Stato, che non sono guardate con molta simpatia dall'opinione pubblica.

E conclude: è giusta l'opinione prevalente in Francia che il « droit administratif » sia « a peculiar creation of french genius » e si sia sviluppato come branca del diritto meglio che in Belgio, Germania e Italia.

Anche nelle lezioni su « Law and Opinion » (1905), Dicey torna sul « droit administratif », in una appendice, affermando che esso si è gradualmente trasformato in una parte ordinaria del diritto francese ed è quasi interamente di formazione giudiziaria (10). Poi, nella introduzione alla seconda edizione (1914), riconosce i meriti del

(10) *Law and Opinion*, London, Macmillan, p. 487-488.

diritto amministrativo, consistenti nella specializzazione del giudice e nell'adozione di procedure rapide e poco costose. Ma sostiene che i motivi che ne hanno impedito l'ingresso in Inghilterra sono che i giudici amministrativi tendono sempre ad escludere la giurisdizione dei giudici ordinari e non sono mai completamente indipendenti, perchè legati all'esecutivo (11).

Veniamo alla introduzione premessa alla ottava edizione (1915) del libro su « The Law of the Constitution ». Qui (12) egli riconosce che vi è un processo di convergenza dei due sistemi. Da un lato, il « Conseil d'Etat » è gradualmente divenuto un organo giudiziario. Dall'altro, in Inghilterra, specialmente con il « National Insurance Act » del 1911, l'esecutivo è stato dotato di poteri propri, di tipo quasi giudiziario, che escludono, comunque, l'intervento dei giudici ordinari. Ma — aggiunge Dicey — sarebbe un grave errore pensare che esistano in Inghilterra per ora un vero diritto amministrativo e veri giudici amministrativi.

Quanto alla Francia, ripeteva il solito elenco di difetti, ma con alcune significative addizioni: insicurezza del rapporto d'impiego dei giudici amministrativi, loro dismissibilità, presidenza (sia pure formale) del Consiglio di Stato affidata al Ministro della giustizia, autoritatività delle decisioni amministrative, controllo dell'esecutivo sui procedimenti per l'attuazione del diritto penale.

Quanto agli sviluppi del sistema francese, anche qui Dicey ripeteva il suo apprezzamento per l'ampliamento della tutela in caso di responsabilità dell'amministrazione (sia pur dicendo che l'ammissione della responsabilità dello Stato poteva costituire una nuova protezione per i dipendenti pubblici) e per l'esistenza di un potere di annullamento degli atti illegittimi.

Il capitolo sul diritto amministrativo terminava con una frase che considerava con molti dubbi l'estensione del diritto amministrativo e di giudici amministrativi, con « official experience » e « legal knowledge », ma indipendenti dal governo, in Inghilterra.

Veniamo all'ultimo scritto, del 1915. Si tratta di una nota molto breve, a commento di due decisioni della « House of Lords ». Egli riconosce che, a partire dal « Reform Act » del 1832, l'Inghilterra ha

(11) P. XLIII-XLIV.
(12) P. XLIII-XLVIII.

visto aumentare i poteri dell'esecutivo al quale — egli dice — sono state trasferite molte funzioni giudiziarie o quasi giudiziarie. Questo « trasferimento » colpirebbe alle fondamenta stesse la « rule of law » se non rimanessero tre limiti: quello disposto dalla legge stessa che attribuisce i poteri all'amministrazione, quello del rispetto della « judicial fairness and equity » e quello della sottoposizione di ogni violazione di legge al controllo dei giudici ordinari (13).

La lunga, trentennale, peregrinazione diceyiana si concludeva, così, con due riconoscimenti. Che l'Inghilterra aveva visto svilupparsi un diritto amministrativo dall'inizio dell'allargamento del suffragio (1832) e che la distinzione principale tra sistema francese e sistema inglese stava nell'esistenza di un giudice speciale nel primo.

Importanti, però, nell'analisi di Dicey, altri due punti: che le funzioni attribuite all'amministrazione fossero, in principio, « judicial functions » e che l'attività amministrativa, di conseguenza, fosse qualificabile come « quasi judicial » ed assoggettabile a principii di giustizia.

Che, lungo la linea che parte dal 1832 e passa attraverso l'« Elementary Education Act » (1870) e gli « Old Age Pension Acts » (1908 e 1911) e arriva ai « National Insurance Acts » (1911 e 1913), si sia sviluppato un complesso di funzioni pubbliche di diritto derogatorio era stato precedentemente negato da Dicey, il quale era giunto ad ammettere che le funzioni pubbliche erano aumentate, ma aveva precisato, come abbiamo visto, che ciò non aveva avuto come conseguenza l'affermarsi di un diritto amministrativo, in quanto l'amministrazione era pur sempre sottoposta al diritto comune.

L'affermazione, poi, che l'amministrazione fosse dotata di funzioni « quasi judicial » era, da un lato, il riconoscimento che si trattava di poteri derogatori al diritto comune; dall'altro, il frutto di una concezione secondo la quale, in sostanza, i poteri giuridici sono soltanto due, quello normativo del Parlamento e quello esecutivo dei

---

(13) Si noti che Dicey, in una lettera a Lowell, del 15 gennaio 1915, citata da R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — A. V.Dicey, victorian jurist*, Univ. of North Carolina Press, 1980, p. 101, ammette che « Local Government Board vs. Arlidge », uno dei due casi commentati, riconosce chiaramente il principio fondamentale del diritto amministrativo, e precisamente che un « tribunal » amministrativo non è vincolato ad agire come se fosse un giudice.

giudici ordinari, rimanendo sullo sfondo, come un potere meramente di fatto, l'esecutivo (14).

(14) A questo disconoscimento del potere esecutivo si collega quella che può definirsi l'interpretazione politica di Dicey. I. JENNINGS, nello scritto *In Praise of Dicey 1885-1935*, in *Public Administration*, 1935, vol. XIII, p. 123, per primo ha affacciato una interpretazione politica di Dicey. Egli ha sottolineato che Dicey era un « Whig », appartenente all'ala destra del partito liberale e che fu conservatore mentre il Paese diventava democratico, liberista mentre il Paese diventava collettivista.

Secondo Jennings, Dicey vide la Costituzione con occhiali « Whig ». Ma Jennings aggiunge che questo è lo sfondo sul quale si iscrive il libro, non la causa per la quale il libro è stato scritto. Dicey scrive sì di diritto secondo orientamenti politici, ma è superbo tecnico. Si veda anche il giudizio di F. Pollock in *The Pollock — Holmes Letter — Correspondence of Sir Frederik Pollock and Mr Justice Holmes, 1874-1932*, a cura di M.De Wolfe Howe, 2 voll., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1942, lettera del 10 aprile 1922, in cui paragona Dicey a Bryce, affermando che erano ambedue liberali, ma che il secondo fu intellettualmente aperto fino alla fine, mentre Dicey rimase chiuso agli sviluppi della sua epoca. Un diverso orientamento ha preso TROWBRIDGE H. FORD, nella sua biografia di Dicey, *A.V. Dicey — The Man and his Times*, Chichester, Barry Rose, 1985, e nel precedente saggio *Dicey as a Political Journalist*, in *Political Studies*, 1970, vol. XVIII, n.2, p. 220 ss. Qui Ford sostiene che Dicey sviluppò la sua polemica con il « droit administratif » per contrastare le tesi degli inglesi che avrebbero potuto essere tentati di dare il « Self government » all'Irlanda. Dicey cercava di spaventare i politici, per evitare che cercassero di ottenere l'autogoverno dell'Irlanda attraverso una decisione dell'esecutivo, visto che non riuscivano ad ottenerlo attraverso il Parlamento. Per evitare, poi, che si potesse tentare di arrivare al « Self government » dell'Irlanda per via parlamentare, egli sottoponeva il Parlamento ai giudici e alla « Rule of Law ». « Law of the Constitution » — egli sostiene — è il testamento di un profeta che non ha speranza nel futuro. Un libro mitologico, scritto a fini prescrittivi, non un lavoro scientifico.

Questa tesi estrema è stata criticata, in modi diversi, da H. TULLOCH, *A.V. Dicey and the Irish Question: 1870-1922*, in *The Irish Jurist*, 1980, vol. XV, new series, p. 137 ss.; D. SUGARMAN, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science*, in *Modern Law Review*, 1983, vol. 46, January, p. 102 ss.; J.F. MC ELDOWNEY, *Dicey in Historical Perspective — a Review Essay*, in P. MC AUSLAN and J.F. MC ELDOWNEY, a cura di, *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1985, p. 39 ss. Diversa l'interpretazione di R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — A.V. Dicey, Victorian Jurist*, London, Macmillan, 1980, secondo il quale Dicey fu un politico mancato e, come studioso, fu rigido, superficiale e relativamente non originale.

Ora, non c'è dubbio che Dicey aspirò, per una parte della sua vita, ad entrare in politica. Che fu attivissimo, fino agli ultimi giorni della sua vita, sulla questione irlandese, perché vedeva nella perdita dell'Irlanda la disintegrazione del Regno Unito e l'inizio della perdita dell'impero (sulla questione irlandese, oltre agli scritti già citati, C.HARVIE, *Ideology and Home Rule: James Bryce, A.V. Dicey and Ireland, 1880-1887*, in *English Historical Review*, 1976, april, n. 91, p. 298-314). Che scrisse moltissimi articoli e ben sei

Questa concezione sarà destinata ad essere smentita dagli sviluppi del diritto positivo, che vedrà l'attribuzione di poteri normativi, oltre che di crescenti poteri aggiudicativi all'amministrazione. Ma resterà, anche nella terminologia, il vecchio pregiudizio, quello di una funzione quasi giudiziaria dell'esecutivo.

2. *« The Law of the Constitution »: il regno della legge e dei giudici.*

Una valutazione del peregrinare di Dicey intorno al diritto amministrativo non è possibile senza collocare la sua tesi, secondo la quale in Inghilterra esisteva un'amministrazione senza diritto amministrativo, nel contesto più generale dell'opera in cui tale tesi trovò la sua prima formulazione e il suo sviluppo, il libro, del 1885, su « the Law of the Constitution » (15).

Si tratta di un'opera scritta in un periodo nel quale era diffusa l'idea che la Costituzione inglese fosse la migliore del mondo (16) e nel momento di maggiore splendore del Parlamento inglese. Dopo gli allargamenti del suffragio del 1832 e del 1867, infatti, l'ulteriore allargamento del 1884 aveva portato al suffragio universale maschile (17). Il Parlamento non era soltanto più rappresentativo: estendeva anche la sua competenza ad un vasto impero. Si tratta di due

---

libri sulla questione irlandese, e che invase le case degli amici e dei conoscenti con un torrente di lettere relative all'Irlanda. Che la sua riflessione di studioso non può essere interamente separata da quella di politico (o, meglio, di uomo al di fuori della politica, ma fervente sostenitore delle tesi unioniste). Ma da questo non si può inferire che le tesi scientifiche propugnate nel suo volume fossero strumentali alle sue passioni politiche.

(15) Nel centenario del libro, sono apparsi i seguenti scritti, che mirano a fare un bilancio del contributo di Dicey: J. JOWELL and D. OLIVER, a cura di, *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon, 1985 (II ediz. 1989); P. MC AUSLAN and J.F. MC ELDOWNEY, *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1985; H.W. ARTHURS, *Without the Law — Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth — Century England*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1985; *All Souls Public Law Seminar: Dicey and the Constitution*, in *Public Law*, 1985, winter, p.583; I. HARDEN and N.LEWIS, *The Noble Lie - The British Constitution and the Rule of Law*, London, Hutchinson 1986. Nel corso di cento anni, il libro di Dicey ha dato luogo a molte analisi e discussioni, che saranno segnalate avanti.

(16) I. JENNINGS, *In Praise of Dicey, 1885-1935*, in *Public Administration*, 1935, vol. XIII, p. 127.

(17) Pur se con alcune limitazioni, derivanti dalle restrizioni poste alla registrazione nelle liste elettorali.

circostanze che Dicey non manca di valutare. Da un lato, infatti, insiste più volte sulla circostanza che, se sovrano legale è il Parlamento, poi, sovrano di fatto è l'elettorato (18). Dall'altro lato, osserva che è superato il tempo dei piccoli Stati e che l'impero è importante perché consente a nazioni più « illuminate » di assicurare pace, ordine e libertà ad altre nazioni (19).

Ma passiamo all'opera stessa. Tre sono, per Dicey, i « guiding principles » della Costituzione inglese: « the legislative sovereignty of Parliament », « the universal rule or supremacy throughout the constitution of ordinary law » e « the dependence in the last resort of the conventions upon the law of the constitution » (20).

Tutti e tre questi principi hanno una importanza fondamentale per il ragionamento di Dicey relativo al diritto amministrativo. Per cui occorre esaminarli da vicino.

Dicey, in primo luogo, sostiene che il Parlamento (e cioè la Corona, l'« House of Lords » e l'« House of Commons ») è onnipotente, perché ha il potere di adottare o di abrogare ogni legge (senza, però, che vi sia una distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie); nessuna altra autorità può annullare una legge del Parlamento, né può non tenerne conto, mentre, al contrario, i giudici sono tenuti a rispettarle. Per Dicey, né la Corona, né un singolo ramo del Parlamento, né i giudici, hanno un potere legislativo concorrente con quello del Parlamento. Questi sono, in altre parole, subordinati al Parlamento.

Seconda caratteristica della Costituzione inglese è — per Dicey — la « Rule of Law ». In questa espressione — egli dice — sono sintetizzati tre principii. Il primo è quello del predominio del diritto rispetto al potere discrezionale dell'esecutivo e all'arbitrio. Il secondo è quello dell'eguale sottoposizione di ogni persona, indipendentemente dal suo rango e dalle sue condizioni, al diritto comune e ai giudici ordinari. Il terzo è quello della formazione giudiziaria delle norme dirette a proteggere gli individui. Esse, quindi, non discendono da principii generali della Costituzione, ma sono il frutto

---

(18) A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, cit., p. 48, 73, 83, 429 e seguenti, 453; si veda anche *Law and Opinion*, cit., p. 248-258.

(19) A.V. DICEY, *Law and Opinion*, p. 450, 455-456, 462.

(20) P. 35.

dell'azione dei giudici (e del Parlamento), che è giunta fino a determinare la posizione della Corona e dei suoi dipendenti.

Infine, Dicey sostiene che la Costituzione è fatta anche di convenzioni, o costumi, pratiche, precetti non strettamente giuridici. Queste convenzioni sono per lo più dirette a limitare le prerogative dell'esecutivo, e cioè i residui poteri discrezionali e arbitrari rimasti alla Corona; alcune, tuttavia, sono dirette a stabilire i modi in cui devono esercitarsi i privilegi dell'esecutivo. Il loro scopo è di assicurare che, nel lungo periodo, venga rispettata la volontà degli elettori: ad esempio, lo scioglimento del Parlamento, quando vi sono fondati motivi per ritenere che l'opinione dell'« House of Commons » non corrisponda a quella dell'elettorato, è, in sostanza, un appello al sovrano politico da parte del sovrano legale.

Il rispetto delle convenzioni dipende, per Dicey, dalla circostanza che, in ultima istanza, una loro violazione ridonda in violazione della legge: così, ad esempio, se non venisse rispettata la convenzione per cui il Parlamento deve essere convocato almeno una volta all'anno, non potrebbe essere approvato il bilancio e, quindi, il governo non potrebbe legalmente percepire entrate e compiere spese.

Ognuno di questi principii sta in opposizione, per Dicey, con il « droit administratif ». Così, il primo dogma, quello della sovranità parlamentare, non consente l'esistenza di un esecutivo forte, dotato del potere di adottare norme, siano esse decreti-legge, siano esse ordinanze. La sovranità parlamentare è, innanzitutto, negazione del potere definito « prerogative », cioè di quel vasto e indefinito complesso di poteri che erano residuati all'esecutivo dal tempo in cui era sovrano.

Inoltre, la sovranità parlamentare, essendo sovranità legislativa, e non di tipo esecutivo, non interferisce con l'attività giudiziaria, stabilendo, ad esempio, esenzioni per la responsabilità dei funzionari.

A sua volta, il principio della « Rule of Law » è in opposizione sia con l'attribuzione di potere discrezionale all'esecutivo (ad esempio, il potere di arresto, quello di imprigionamento temporaneo, quello di espulsione, che consentono arbitrii), sia con l'attribuzione ai funzionari pubblici di una posizione speciale, sia, infine, con l'esistenza di corti speciali, riservate a particolari tipi di rapporti.

Infine, le convenzioni costituzionali si contrappongono al potere discrezionale dell'esecutivo (« prerogative »), che mirano, appunto, a limitare. E se un funzionario pubblico volesse, ad esempio, assicurare entrate all'esecutivo senza autorizzazione parlamentare (perché il Parlamento, non rispettando una convenzione costituzionale, non è stato convocato), egli non sarebbe protetto da alcuna norma speciale e sarebbe personalmente responsabile dinanzi ai giudici ordinari.

Anche nelle parti che diremmo applicative del libro, Dicey torna ancora sull'opposizione che gli è cara. Così, dove tratta della libertà personale, spiega che l'« habeas corpus » richiede che i giudici interferiscano nelle procedure amministrative e controllino la condotta amministrativa dell'esecutivo. Dunque, la libertà personale [21] è garantita là dove l'esecutivo non è sottratto al controllo del potere giudiziario.

Oppure dove esamina la libertà di stampa, che può essere garantita — egli dice — solo dove non viene accettato il principio che il governo possiede, in quanto rappresentante dello Stato, diritti e poteri nei confronti dei privati, superiori a quelli di diritto comune e indipendenti da questi. Oppure dove afferma che la legge marziale e il diritto dello stato di assedio sono contrari al principio che i cittadini hanno gli stessi poteri dei funzionari, per cui la posizione di un militare è eguale a quella di un ordinario cittadino.

Dunque, se un apposito capitolo è destinato, in particolare, al « droit administratif », tutto l'esame della Costituzione inglese è costruito sul contrappunto tra « droit administratif » e diritto ordinario o comune.

« Law of the Constitution », opera diffusissima [22] e molto letta, ancora presente tra le letture d'obbligo nei corsi di diritto costituzionale in Inghilterra, è stato un po' l'osso di seppia su cui tutti i giuristi hanno affilato il becco.

Ma, ancor più della fortuna scientifica di Dicey, è importante la circostanza che il libro su « Law of the Constitution » sia stato inteso

---

[21] Intesa in senso benthamiano, come libertà di fare tutto ciò che non è proibito, senza relazione con garanzie costituzionali, che rappresentano per Dicey pie intenzioni.

[22] Nel solo periodo 1959-1985 ne sono state vendute 35 mila copie: R.W. BLACKBURN, *Dicey and the Teaching of Public Law*, in *Public Law*, 1985, winter, p. 681.

come la viva voce della Costituzione inglese. Per esso può ripetersi quanto ha scritto Grant Gilmore (23) a proposito dei « Commentaries » di Blackstone: « l'aspetto più importante... non è il fatto che a scriverli fosse stato un oscuro professore di Oxford, quanto piuttosto che, per più di un secolo, migliaia e migliaia di giuristi e di professori influenti dell'una e dell'altra sponda dell'Atlantico li lessero e credettero alle idee in essi esposte ». Ci si riferisce, quindi, alla diffusione del libro e alla sua accettazione. Se a « Law of the Constitution » si applicassero le tecniche usate da Dicey in « Law and Opinion », si potrebbe dire che, almeno all'interno di una professione, quella dei giuristi, Dicey rappresentò una controcorrente di grande importanza. Se ogni società si costruisce di sè stessa una visione specifica, Dicey è stato certamente l'autore di questa per il mondo giuridico inglese.

A che cosa si deve questa eccezionale fortuna di Dicey? Oltre che ai molti meriti intrinseci dell'opera, già notati, a tre motivi ulteriori. In primo luogo, non vi è dubbio che la grandezza dell'oggetto — la Costituzione inglese, quale essa era nel momento di maggiore potenza della nazione inglese — abbia fatto grande chi l'ha studiato. Ciò anche per un motivo specifico: la Costituzione inglese non era scritta e il lettore, inglese o non inglese, aveva a disposizione solo opere troppo analitiche e piene di particolari, oppure troppo brevi e non giuridiche. Il lavoro di selezione e di sistemazione di Dicey lo fece considerare un pò come la tradizione profetica rispetto al Corano: pur non essendo parola di Dio, essa riveste un'importanza legale di primo piano.

Secondo merito di Dicey è l'insistenza sull'unità dell'ordinamento giuridico e, innanzitutto, della giurisdizione. Quest'orientamento corrispondeva ad un'opinione pubblica contraria ai particolarismi (diritti speciali, diritti eccezionali, come diversi da quello ordinario o generale) e preoccupata dell'eguaglianza.

In terzo luogo, Dicey partecipava — come abbiamo visto — a un grande dialogo con la storia inglese, che andava indietro fino alla « glorious revolution » e con la storia francese, che andava indietro

(23) *Le grandi epoche del diritto americano*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1988, p. 10-11.

fino all'Antico Regime, e, al fondo, esponeva il punto di vista del liberalismo autentico, e cioè non autoritario (24).

3. *« The Law of the Constitution »: le idee di Dicey sui giuristi, sul diritto e sulle Costituzioni inglese e francese.*

Comprendere Dicey vuol dire, innanzitutto, interrogare lui stesso. Lo faremo esaminando prima, in questo paragrafo, alcuni passaggi di « Law of the Constitution »; poi, nel paragrafo successivo, altri suoi scritti che aiutano a cercare la chiave per spiegare le sue idee.

Innanzitutto, quale ritiene Dicey essere il suo compito di giurista? Dicey risponde a questa domanda due volte, una direttamente e una indirettamente. All'inizio del libro egli afferma solennemente che « the duty... of an english professor of law is to state what are the laws which form part of the constitution, to arrange them in their order, to explain their meaning, and to exhibit where possible their logical connection » (25). Più avanti segnala che vi sono branche del diritto ridotte a pochi principii logici: l'opera della dottrina è consistita nel trasformare un insieme di regole in un sistema logicamente coerente (26).

Questo compito è particolarmente gravoso per il diritto costituzionale, dove lo stesso termine « constitutional law » è di origine relativamente moderna e l'intera provincia del diritto « is a sort of maze in which the wanderer is perplexed by unreality, by antiquarianism, and by conventionalism » (27), perchè — come Dicey ripete spesso, nei termini di un antico adagio — la costituzione « had not

---

(24) Come vedremo meglio, questo interesse verso la Francia si iscriveva anche in un'attenzione continua per la comparazione che era, in certo modo, di casa presso i Dicey (il fratello maggiore di Albert Venn, Edward James, giornalista, si specializzò in politica estera e scrisse ben due libri su argomenti italiani, uno su Roma nel 1860 e uno su Cavour). Dicey viene ricordato negli studi sulla comparazione come uno dei fondatori, sia pur col limite di un approccio essenzialmente statico: R.C. MACRIDIS, *The Study of Comparative Government*, New York, Random House, 1955, p. 11 e 12.

(25) *Law of the Constitution*, cit., p. 32.

(26) P. 375.

(27) P. 6 e 7; anche p. 127 e 469.

been made, but had grown » (28). Né è soddisfacente, per Dicey, lo stato degli studi della costituzione, dove il formalismo dei giuristi non consente loro di vedere la realtà della Costituzione. D'altra parte, l'antiquarianismo — come egli lo chiama — degli storici li fa perdere appresso a fatti interessanti ed eruditi, ma senza rilevanza attuale. E i teorici della politica non prestano attenzione al diritto (29).

Di qui l'importanza della comparazione: « one reason why the law of the constitution is imperfectly understood is that we too rarely put it side by side with the constitutional provisions of other countries. Here, as elsewhere, comparison is essential to recognition » (30).

Dopo la sua concezione del ruolo del giurista, è importante segnalare la concezione del diritto di Dicey. Questa è espressa in modo meno chiaro, ma si evince da due contrapposizioni importanti, quella tra « Rule of Law » e « droit administratif », e quella tra « Law » e « conventions of the constitution ». Nel riscontrare alcune somiglianze tra il regno del diritto inglese (traduciamo l'espressione inglese nel modo in cui venne tradotta dai francesi nella prima metà del nostro secolo) e il diritto amministrativo francese, accanto a quelle storiche, Dicey ne annovera una relativa alla natura più giuridica. Egli osserva che il diritto amministrativo francese si è sviluppato come il diritto inglese, nella forma di « case law » o di « judge-made law ». Questo tipo di diritto è chiamato da Dicey « judicial legislation » (perché espressione di un'autorità essenzialmente legislativa), fondato sul principio del precedente ed a carattere fondamentalmente procedurale (31).

Più avanti nel libro, Dicey dovrà spiegare perché le convenzioni costituzionali, che sono solo costumi, pratiche, massime e precetti, siano diritto (sia pure in un modo particolare). E spiega che la loro natura giuridica va cercata nel fatto che « the breach of these principles and of these conventions will almost immediately bring

(28) Ad esempio, p. 2, 18-19, 196-197.
(29) P. 7 ss.
(30) P. 205; ma anche p. 87 ss.
(31) P. 374-375.

the offender into conflict with the courts and the law of the land » (32).

In sostanza, per Dicey diritto è ogni norma che possa essere, al fondo, in qualche modo, applicata o eseguita o sanzionata da un giudice. La forza della « judicial legislation » sta proprio nella connessione inseparabile tra i mezzi per attuare un diritto e il diritto al quale dare attuazione (33). Solo il giudice rispetta le procedure e i precedenti e, quindi, solo lui è in grado di contrapporsi all'arbitrio.

Più ancora delle sue idee sul compito del giurista e sul diritto, sono, però, rivelatrici le opinioni di Dicey sulla formazione del sistema costituzionale inglese. Dicey ne presenta lo sviluppo come il risultato di un conflitto tra Parlamento ed esecutivo. I punti importanti di questo conflitto riguardano la « Crown prerogative » e il tentativo di costituire una forte amministrazione centrale, con il « Privy Council » e con la « Star Chamber » (sui rapporti tra i due organi vedremo quanto Dicey scriveva nel suo libro sul « Privy Council »).

La prerogativa della Corona — dice Dicey — è costituita da una riserva ampia e indefinita di diritti e poteri discrezionali e arbitrari, parte residua del potere sovrano, superiore all'« ordinary law of the land », esercitati dal re stesso o dai suoi ministri. Le prerogative della Corona raggiunsero il punto più alto nel 1539, quando Enrico VIII dispose che la Corona potesse legiferare direttamente. Successivamente, il potere normativo è passato dalla Corona al Parlamento sovrano, per cui la « supremacy of the law » si contrappone alla prerogativa. E l'esercizio di quanto di essa rimane è regolato dalle convenzioni costituzionali (34).

I Tudors prima e gli Stuarts poi tentarono di costituire una forte amministrazione centrale, grazie alla quale avrebbe potuto penetrare in Inghilterra qualcosa di simile al diritto amministrativo francese. Ma un'amministrazione forte comportava il pericolo del dispotismo. Il tentativo dei Tudors e degli Stuarts urtò, alla fine, contro l'abitudine all'eguaglianza degli inglesi.

Le due istituzioni chiave per i Tudors e gli Stuarts furono il

---

(32) P. 446.

(33) P. 135 e p. 199.

(34) P. 8, 51-53, 63, 228, 424-426.

« Privy Council » e la « Star Chamber ». Nel primo organo le funzioni giurisdizionali vennero enucleate e separate, con la costituzione della « Judicial Committee of the Privy Council ». La seconda, invece, divenne un organo impopolare ed odiato, strumento di esercizio di potere arbitrario, specialmente nei confronti della libertà di stampa, per cui venne soppressa nel 1641 (35).

Ma la chiave vera per comprendere le idee di Dicey è un'altra: il suo giudizio sulla formazione della Francia e sullo stato presente di essa. Quasi ogni pagina del « Law of the Constitution » contiene un paragone con la Francia, talora ironico, per lo più sprezzante e orgoglioso (36). L'idea di fondo sulla quale è costruita questa contrapposizione è che la Francia fosse, sul finire del secolo scorso, in uno stadio primitivo di sviluppo, corrispondente a quello inglese del XVI e XVII secolo.

La critica alla Francia parte dal dispotismo e dalla « lawlessness » dei sovrani dell'Antico Regime (37) e spazia dalla diseguaglianza alla nozione di Costituzione, al Parlamento, all'esecutivo, al sistema giudiziario.

La posizione speciale e privilegiata dei funzionari pubblici francesi è contrapposta all'idea inglese di eguaglianza formale, ovvero di soggezione di tutti i cittadini, senza esclusione, al diritto comune, amministrato dai giudici ordinari.

Tale eguaglianza di tutti, ministri, nobili, preti, cittadini, esclude ogni idea di esenzione dalla sottoposizione al diritto comune e produce l'istituto della responsabilità personale di chi reca un danno (38).

Mentre in Inghilterra il diritto costituzionale è il risultato, non la fonte dei diritti dei cittadini, in Francia i diritti individuali derivano o sembrano derivare dagli articoli delle Costituzioni scritte. Ma queste sono lontane dall'offrire maggiori garanzie. Anzi, la Francia, in centotrenta anni ha avuto venti Costituzioni, tutte immodificabili,

---

(35) P. 260 ss. e p. 369 ss.

(36) Solo F.H. LAWSON, *Dicey rivisited*, in *Political Studies*, 1959, vol. VII, n. 2, p. 414-416, ha notato questo aspetto del pensiero di Dicey.

(37) P. 51, 191, 412.

(38) P. 193-194, 202, 287.

ma tutte finite sotto l'assalto della violenza. Insomma, queste Costituzioni proclamano tanti diritti, che sono, però, insicuri (39).

Quanto al Parlamento francese, esso presenta una somiglianza esterna con quello inglese, ma ha caratteristiche diverse. Esso non ha favorito l'indipendenza della magistratura ed ha dato all'esecutivo un potere sia esecutivo, sia normativo che il Parlamento inglese non ha concesso (in questo senso la sovranità parlamentare inglese è stata fatale alla crescita di un « diritto amministrativo ») (40).

L'esecutivo, poi, presenta, in Francia, una forte analogia con quello inglese del XVI e XVII secolo: v'è una coincidenza tra gli sviluppi francesi della seconda metà dell'Ottocento e un periodo precedente della storia inglese. Meglio, Dicey parla di una originaria somiglianza e di una diversità finale, perchè in Inghilterra l'autorità personale del re è stata sostituita dalla sovranità del Parlamento, mentre questo non è accaduto in Francia.

Per cui la vera natura del regno della legge inglese può essere illustrata in contrasto con gli istituti francesi del « droit administratif » (41).

Il diverso sviluppo spiega la nascita del « droit administratif », che riposa sul concetto che il governo, in quanto rappresenta lo Stato, dispone di diritti e poteri separati, anzi superiori a quelli dell'« ordinary law of the land », nei confronti dei privati (42).

Altra diversità è quella relativa ai giudici. Mentre in Inghilterra il potere dei giudici di controllare l'amministrazione è stato tale da impedire lo sviluppo di un « diritto amministrativo », in Francia, al contrario, si è avuto paura della interferenza dei giudici nell'amministrazione, e si è posta questa al riparo di loro possibili interventi (43). Le conseguenze di questo stato di cose — osserva Dicey — sono note. Voltaire condotto due volte alla Bastiglia senza aver subito un processo, Montesquieu costretto a pubblicare l'« Esprit des lois » a Ginevra, Voltaire a pubblicare l'« Henriade » in Inghilterra e

(39) P. 286 e 122-131.
(40) P. 409-410.
(41) P. 369, 471 e 204.
(42) P. 265; anche p. 448, 472.
(43) P. 136, 224, 227.

Rousseau a pubblicare le sue opere a Londra, a Ginevra e ad Amsterdam (44).

Dicey se la prende anche contro i liberali francesi, che furono liberali a metà e salva solo il potere regolamentare dell'esecutivo, che ritiene che debba essere esteso anche in Inghilterra, dove le leggi, per disciplinare troppo, scendono in troppi particolari (45).

Il libro si apre e si chiude ribadendo l'opposizione dell'Inghilterra alla Francia: il « droit administratif » di oggi — scrive nell'introduzione — ha una notevole somiglianza con le istituzioni dei Tudors e degli Stuarts, che riconoscevano un potere autonomo — la prerogativa — alla Corona; l'autorità dei giudici, come intesa in Inghilterra, — aggiunge nell'ultima pagina del libro — non può coesistere con un sistema di « droit administratif » come quello francese, né la concezione inglese del diritto può coesistere con un corpo di leggi speciali (46).

4. *Le altre opere di Albert Venn Dicey: il metodo e l'insegnamento del diritto e lo studio della storia inglese, antica e recente.*

Ci siamo soffermati, finora, su un'opera di Dicey. Allarghiamo, ora, lo sguardo agli altri suoi scritti, per esaminare quelli che buttano luce sulla formazione e sugli sviluppi del rifiuto diceyano del « droit administratif ». Ma, prima ancora che il merito della tesi, va esaminato il metodo di Dicey. Infatti, è proprio grazie al suo metodo che Dicey riesce a formulare con tanto nitore le sue tesi ed è innanzitutto al metodo che si deve l'enorme fortuna dell'opera.

Quando si parla del metodo ci si riferisce al modo sicuro in cui l'autore sceglie tre punti capitali, la sovranità del Parlamento, il regno della legge e le convenzioni costituzionali, e ne fa oggetto esclusivo della sua analisi, tralasciando tanti altri argomenti, come quello del « local government » o quello del « Cabinet », per fare due soli esempi. E ci si riferisce al suo amore per strutture chiare,

---

(44) P. 190, 255; secondo quanto ricorda Hearn, *op. cit.,* p. 90-91, invece, vi erano esempi di principi e persino di re che, in Inghilterra, erano stati portati davanti ai giudici o si erano rivolti ai giudici.

(45) P. 265 e 51-53.

(46) P. VI, 472.

spiegazioni complete, architetture pesanti ma armoniose, argomentazioni possibilmente complete, anche se spesso avvocatesche (come quella relativa al valore legale delle convenzioni, dove, per le difficoltà di trovare argomenti a favore, argomenta « a contrario », spiegando che cosa succederebbe se le convenzioni non venissero rispettate), uso oculato di sentenze per illustrare il diritto positivo, completezza dell'esame, arricchito sempre dall'esposizione delle obiezioni alle sue tesi e dall'illustrazione dei pregi e dei difetti delle diverse soluzioni, sapiente abuso delle ripetizioni, per fissare i concetti principali, distinzione accurata delle analisi principali e delle analisi subordinate.

Se si paragona l'opera di Dicey a quella dei giuristi che lo precedettero, si ha chiara l'impressione che, con lui, si esce dal caos. Dicey fa lo sforzo di costruire una scienza coerente, definendo i principii e, poi, applicandoli a problemi specifici, valendosi della storia e della politica, ma solo come base del lavoro più propriamente giuridico (47), ed adoperando uno stile letterario ben al di sopra di quello diffuso all'epoca (non si dimentichi che Dicey stesso apprezzava Blackstone anche per la qualità del suo stile letterario).

Da dove veniva questo amore per la logica, per la simmetria, per la definizione di principii? Si può dire che questo avesse tre fonti. La prima, già posta in luce (48), la lezione analitica austiniana. Più importanti la seconda e la terza, costituite rispettivamente dalle esperienze fatte da Dicey come studioso prima del 1885 e dal suo « programma » come giurista.

Il primo libro giuridico di Dicey è « A Treatise on the Rules for the Selection of the Parties to an Action », del 1870 (49).

Il secondo è « The Law of Domicil as a Branch of the Law of England, Stated in the Form of Rules », del 1879 (50), che costituirà la base di quello che molti ritengono il « magnum opus » di Dicey, al quale egli lavorerà, con fatica ed abnegazione, per quindici anni,

---

(47) Ma egli non riteneva irrilevante la storia e la politica, come afferma R.W. BLACKBURN, *Dicey and the Teaching of Public law*, in *Public Law*, 1985, winter, p. 683.

(48) R.A. COSGROVE, *op. cit.*, p. 23-28.

(49) London, Maxwell; l'opera ha anche avuto una edizione americana, New York, 1876, a cura di J.H. Truman.

(50) London, Stevens.

a partire dal 1882, « A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws », del 1896 (51).

Ora, la caratteristica di questi libri è di sintetizzare la disciplina esistente, per lo più di fonte giudiziaria, in forma di precetti. Il primo e il secondo (e, successivamente, il terzo) codificano in forma di principii e disposizioni, scritti nelle stesse forme di articoli di un codice, la normativa, in massima parte giurisprudenziale; questi sono, poi, seguiti da illustrazioni e commenti e da spiegazioni in forma di casi ed esempi. Il primo libro, dunque, consisteva di centodiciotto articoli, il secondo di settantatre; il terzo consisterà di centottantotto articoli.

Queste tre opere si distaccavano dalla tradizione, caratterizzata da scritti dove la giurisprudenza era affastellata acriticamente, senza che si riuscissero a ricavarne i principi o le costanti. E richiesero un grande impegno di completezza e chiarezza, nel ridurre un tema complesso e una serie di decisioni giudiziarie in un numero definito di regole comprensibili anche ai non esperti.

Si aggiunga che Dicey era riuscito in quest'opera in due campi particolarmente complessi, come quello del diritto processuale e quello del diritto internazionale privato (Dicey, peraltro, sulla scia di Austin, non amava questa definizione). E che questi lavori ebbero buoni echi: il primo volume fu molto ben accolto, anche se i successivi mutamenti giurisprudenziali e normativi lo renderanno rapidamente obsoleto; il secondo costituisce ancora, dopo un secolo, la base dell'insegnamento della materia (52).

L'esperienza compiuta nello scrivere queste opere sarà riassunta dall'autore in una sorta di « programma », esposto solo un anno dopo la pubblicazione del secondo volume (53).

In questo scritto egli espone la tesi che lo studio della « jurisprudence » è interessante perché consente di combinare il diritto con la logica. I concetti giuridici — egli dice — debbono essere

---

(51) London, Stevens.

(52) *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, a cura di L. Collins, London, Stevens, 1987, 2 voll.; si consideri che l'opera rimase del solo Dicey fino alla II ediz.; dalla III, appare a cura di A. Berriedale Keith; poi a cura di J.H.C. Morris ed altri.

(53) *The Study of Jurisprudence*, in *The Law Magazine and Review*, 1880, n. 237, august, p.282, che prende spunto da e recensisce il volume di T.E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1880.

analizzati, ma anche posti in relazione tra di loro, fino a formare le divisioni che compongono il sistema del diritto. Dopo aver citato Savigny, afferma: le decisioni dei giudici sono solo illustrazioni di regole; queste debbono essere formulate in termini rigorosi e ordinate in un insieme sistematico. Non basta raccogliere informazioni e fornire materiale. Occorre dare una sistemazione logica, campo nel quale Austin è stato maestro, per la sua capacità di analisi logica. Austin, però, non padroneggia se non pochi argomenti; gli manca il senso della misura e delle proporzioni. Holland, invece, riesce a padroneggiare l'intero argomento e sa avvicinarcisi a partire dal centro.

A questa attenzione per il metodo va aggiunto l'interesse di Dicey per l'insegnamento e l'organizzazione degli studi del diritto. Egli aiutò, nel 1871, Bryce a fondare le facoltà giuridiche di Manchester e di Liverpool, e per due anni insegnerà a Manchester. La sua lezione inaugurale all'insegnamento che terrà fino alla pensione, all'« All Souls College » di Oxford, avrà per tema « Can English Law be Taught at the Universities? » (54). In un'epoca fortunata, quella in cui l'Università di Oxford rifiorisce, egli fa rivivere il prestigio della « Vinerian Chair », che era stata un secolo prima di Blackstone, ma che era fortemente declinato. È uno dei fondatori, nel 1885, della « Law Quarterly Review ». Stabilisce contatti, destinati a permanere, con la scuola americana di diritto e specialmente con quella di Harvard, dove Langdell aveva rivoluzionato l'insegnamento giuridico (55). Può dirsi il fondatore della scienza giuridica moderna in Inghilterra, con Maine, Pollock, Bryce, Holland, Anson, Maitland (56).

Se il metodo sarà quello sperimentato nel corso degli studi

---

(54) Poi, pubblicata come volume, con lo stesso titolo, London, Macmillan, 1883.

(55) Dicey sarà un estimatore della tecnica di insegnamento sviluppata da Langdell.

(56) H.G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Oxford, Blackwell, 1958, p. 98-163; F.H. Lawson, *The Oxford Law School 1850-1965*, Oxford, Clarendon, 1968, spec. p. 69-73 e 113-116; R.A. Cosgrove, *A.V. Dicey at the Harvard Law School, 1898: A Study in the Angloamerican Legal Community*, in *Harvard Library Bulletin*, 1978, n. 26, july, p. 325 ss., nonché R.A. Cosgrove, *The Rule of Law* cit., p. 45 e seguenti; R.W. Blackburn, *Dicey and the Teaching of Public Law* cit., p. 679 ss; N. Johnson, *Dicey and his Influence on Public Law*, in *Public Law*, 1985, winter, p. 717 ss.

giuridici, l'idea di fondo è, invece, suggerita a Dicey dallo studio della storia.

Abbiamo notato quante volte Dicey fa riferimento al « droit administratif » come a un regime somigliante a quello dell'Inghilterra dei Tudors e degli Stuarts, prima della « glorious revolution ». Da dove traeva Dicey le sue conoscenze sull'epoca del predominio dell'esecutivo nella storia costituzionale inglese, e la sua appassionata critica dell'arbitrio e dei privilegi dell'amministrazione? Appena venticinquenne, nel 1860, egli aveva scritto un libro storico, su « The Privy Council » (57), alla preparazione del quale egli attribuirà l'origine del suo interesse nel diritto costituzionale e nella storia (58). In questo libro egli — lavorando prevalentemente sui verbali delle riunioni del collegio — tracciava la storia del Consiglio dalla conquista normanna al 1700, con particolare attenzione ai secoli dal XV al XVII. Che cosa, di questa lunga vicenda, colpisce Dicey, che troverà un posto — e importante, come vedremo — nel « Law of the Constitution »? Il libro narra la vicenda del graduale processo di separazione delle funzioni giudiziarie da quelle esecutive, e di quelle legislative da quelle politiche, nonché della attribuzione loro a corpi differenti. L'autore parte dall'esame della « Curia regia », organo supremo del regno, in cui le diverse funzioni statali erano unite. Una prima separazione si produce quando si sviluppano le corti giudiziarie, che assumono parte delle funzioni giudiziarie della « Curia », che diviene « Council ».

L'autore non si sofferma sull'altro aspetto, quello della trasformazione del « Great Council », insieme con i « Commons », nel Parlamento. Segue, invece, le vicende del « Privy Council », che nasce dal « Permanent » o « Continual Council » e nel quale rimangono, per il fatto che la funzione di giudice era prerogativa reale, alcune funzioni giudiziarie. Dicey nota che, giudicato secondo criteri moderni, il Consiglio era organo ordinato secondo l'arbitrio, non secondo il diritto: l'esecutivo che intervenga per sedare un tumulto — spiega — si trova, poi, a dover giudicare i rivoltosi (59).

---

(57) Ripubblicato nel 1887, London, Macmillan.

(58) R.S. Rait, *Dicey, A.V.*, « ad vocem », *Dictionary of National Biography, 1922-1930*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1937, p. 259.

(59) P. 68 e p. 73.

La situazione — continua Dicey — peggiora nel '500 e nel '600, quando il Consiglio divenne « Star Chamber », la più oppressiva autorità che abbia minacciato la libertà in Inghilterra. Organo amministrativo e giudice, la « Star Chamber » esercitava la censura sui giornali, si interessava di finanza e di commercio ed industria, era corte criminale. Aveva una sfera di competenza illimitata e faceva frequente ricorso alla tortura.

Poi, dalla metà del Seicento, fino agli inizi del Settecento, venne operata una autentica rivoluzione, perché al Consiglio furono sottratti i compiti giudiziari, mentre in esso si cominciò a sviluppare un organo più ristretto, il Gabinetto (e si rafforzava il Parlamento) (60): si passa così da un governo della Corona al governo di gabinetto (e, più tardi, a un governo parlamentare).

Dalla seconda metà del Seicento, insomma, comincia una nuova era: cambia tutto il sistema di governo e, grazie alla separazione delle funzioni giudiziarie, politiche ed amministrative, si sviluppano i concetti di diritto, di Stato e di governo (61).

Dunque, Dicey mette l'accento sulla commistione di funzioni amministrative e di funzioni giudiziarie come fonte di tutti i mali del governo dei Tudors e degli Stuarts. Questo ci riporta diritto al Consiglio di Stato, organo amministrativo ed organo giudiziario (nonché di consulenza legislativa), nel quale, dunque, le funzioni statali non sono ancora separate. E spiega perché Dicey, scrivendo venticinque anni dopo, sottolinei con tanta decisione il parallelismo tra i governi autoritari della Francia e quelli dei Tudors e degli Stuarts (62): il Consiglio di Stato francese gli pare un organo vecchio, frutto della « lawlessness » medievale.

Fanno parte degli anni di apprendistato di Dicey anche alcuni articoli su temi giuridici, scritti su riviste non giuridiche (ma si tenga presente lo scarso sviluppo, in Inghilterra, della cultura e delle pubblicazioni scientifiche a carattere giuridico, verso il terzo quarto del secolo scorso). Di questi hanno particolare importanza due, perché testimoniano l'interesse critico di Dicey per il sistema giudiziario. Il primo di tali articoli spiega il « Development of the

(60) P. 133 e 137.

(61) P. 131 e 147.

(62) Si noti che egli non prestò mai molta attenzione alla divisione dei poteri.

Common Law » (63). Egli si chiede come mai il diritto inglese abbia dato luogo alla formazione di due corpi di norme, « Common Law » ed « Equity », amministrati da giudici diversi e, in certo modo, antagonisti. E spiega che ciò è accaduto perché i giudici di « Common Law », mentre guadagnarono autonomia nei confronti dell'esecutivo, non furono, però, capaci di operare vigorosamente e, nel vuoto lasciato dalla loro opera, si sviluppò l'altro ramo del diritto. Il secondo articolo, dedicato alla « Judicial Policy » (64), procede per una strada molto simile. L'autore si pone tre interrogativi: perché i giudici hanno un posto tanto alto nella società e tanti meriti? che cosa cambia nella società? come preservare l'efficienza del sistema giudiziario? Al primo risponde che sono stati l'indipendenza, la dignità, lo scarso potere sociale e politico e il carattere tecnico del loro lavoro, che hanno conferito tanto prestigio ai giudici. Al secondo, che i cambiamenti più importanti sono la trasformazione della società da aristocratica in democratica e gli effetti della « Law Reform ». Al terzo, che la strada da seguire non è quella della mera conservazione, ma quella di un adattamento attento ai bisogni dei tempi.

Nel 1905, Dicey pubblicava le sue « Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century » (65). Ma Dicey aveva cominciato a lavorare al tema fin dal 1897-1898, per la preparazione delle sue lezioni ad Harvard su quello stesso tema (66).

L'idea centrale del libro — che al suo apparire venne salutato come « "l'ésprit des lois" dei nostri tempi » (67) — è che la storia legislativa del XIX secolo è il riflesso delle grandi correnti di opinione. Nel corso del secolo, si sono succedute tre correnti, che caratterizzano tre periodi, definiti da Dicey « old toryism or legisla-

(63) In *Macmillan's Magazine*, 1871, n. 24, August, p. 287-296.

(64) Nella stessa rivista, 1874, n. 29, April, p. 473-487.

(65) London, Macmillan; II edizione, 1914, poi ripubblicata da Transactions Books, New Brunswick, N.J., 1981.

(66) Si veda, peraltro, anche A.V. Dicey, *The Legal Boundaries of Liberty*, in *Fortnightly Review*, 1868, vol. 9, 1, January, p. 1 ss., sul diritto di associazione garantito dalla « public opinion » e sull'opportunità che venga garantito direttamente dalla legge.

(67) R.S. Rait, *Dicey A.V.*, cit., p. 260.

tive quiescence » (1800-1830), « benthamism or individualism » (1825-1870) e « collectivism » (1865-1900).

Il terzo periodo, quello sul quale Dicey si diffonde maggiormente e che qui interessa di più, sarebbe stato mosso dal diffondersi della filantropia e delle correnti umanitarie, dalla sindacalizzazione operaia, dallo sviluppo della forma societaria e dall'allargamento del suffragio. Questi movimenti hanno portato a una legislazione statale di protezione e guida pubblica di attività private, di limitazione della libertà contrattuale, di preferenza dell'attività collettiva, di promozione dell'eguaglianza.

Negli anni 1900-1914, ai quali Dicey dedicò un'analisi nella lunghissima introduzione alla seconda edizione del libro, il liberismo è finito e la corsa verso il collettivismo e il socialismo si fa più veloce: ne è segno la legislazione in materia di pensioni, di assicurazioni, di conflitti di lavoro, di controllo pubblico dei salari, di istruzione, di finanza, ecc. Qui più esplicitamente che nel testo precedente, Dicey esprime la sua opposizione al collettivismo e all'intervento economico e sociale statale, che uccide — egli dice — l'iniziativa privata. Nonostante i molti studi di carattere storico originati, direttamente o indirettamente, da questo libro (68), rimane ancora aperto l'interrogativo di Geoffrey Marshall (69): perché i principii economici dell'Inghilterra vittoriana, che Dicey esprimeva, si rivelarono così transeunti, mentre quelli politici sono stati tanto duraturi?

In modi complessi, per la diversità dei due argomenti e per la difformità degli approcci e del metodo (l'uno giuridico, l'altro storico), « Law and Opinion » costituisce la continuazione ideale di « Law of the Constitution ». Anche in « Law and Opinion » v'è attenzione per l'aspetto giudiziario: un diritto non è tale se non può essere giudizialmente protetto (70). Della « judicial legislation » si vantano i meriti: assicura la certezza e il mantenimento del sistema, logica, simmetria, congruenza e rispetto dei principii. Ma Dicey aggiunge anche che la « judicial legislation » rappresenta le convin-

---

(68) O. Mac Donagh, *The Nineteenth-Century Revolution in Government: a Reappraisal*, in "The Historical Journal", 1958, vol. I, n. 1, p. 52 ss.

(69) *Dicey, A.V.*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences,* IV vol., London, Macmillan, 1968, p. 160.

(70) P. 205-206.

zioni di un'epoca precedente: se il legislatore si fa portatore delle idee di ieri, i giudici sono i difensori di quelle dell'altro ieri. Essa, inoltre, assicura un progresso lento: in un quarto di secolo, il Parlamento può fare più di quanto le corti giudiziarie fanno in molti secoli. Infine, nonostante che la « judicial legislation » rappresenti una parte cospicua della disciplina di alcuni settori (nove decimi di quella dei contratti, gran parte di quella della responsabilità), essa tende, tuttavia, ad esaurirsi e a spegnersi per lo sviluppo della legislazione, anche se la complessità della vita è tale da ridare, poi, nuovo spazio, sia pur limitato, all'azione dei giudici (71).

Un secondo motivo di « Law and Opinion » è la crescita della pubblica amministrazione: nel periodo 1868-1900 — osserva Dicey — il Parlamento allarga la sua base elettorale, ha fine l'epoca del « laissez-faire » e i meccanismi amministrativi si riformano e rafforzano (72).

Domina, nella comparazione, come nel precedente libro, la Francia, ma citata sempre « by way of contrast » (73). È criticata la rivoluzione francese, che dilaziona di quaranta anni cambiamenti salutari e progressivi, come quelli inglesi (74); vengono criticati i giacobini e i principii astratti di cui sono portatori (75); si spiega che l'intera relazione tra giudici ed amministrazione, come ordinata in Francia, è incomprensibile per un inglese: in particolare, il principio di non interferenza del potere giudiziario in quello amministrativo (76).

Ma quello che più di tutto colpisce è il rifiuto di Dicey del collettivismo, il suo antisocialismo, e, quindi, la sua critica dell'intervento statale. In questo senso, « Law of the Constitution » e « Law and Opinion » sono manifestazione di una stessa tendenza: il primo critica il diritto amministrativo; il secondo, più direttamente, la pubblica amministrazione e l'attività amministrativa; il primo si oppone alla forma che assume l'amministrazione, il secondo direttamente al contenuto.

---

(71) P. 361-398 e p. 483-494.
(72) P. 310; si veda anche p. XXXIX per il periodo 1905-1914.
(73) P. 59-60.
(74) P. 123; si veda anche p. 144.
(75) P. 171.
(76) P. 59-60.

In conclusione, nella restante opera scientifica di Dicey sono presenti tre motivi, che costituiscono, in qualche caso, una preparazione di « Law of the Constitution »; in qualche caso, uno sviluppo delle idee di questo libro. Si tratta del metodo che potremmo definire positivistico e dogmatico; dell'antistatalismo e della critica al diritto amministrativo come componente autoritaria dell'amministrazione; dell'antisocialismo e dell'opposizione alla crescita della legislazione e dell'amministrazione pubblica.

5. *I debiti e i crediti di Dicey.*

Negli scritti di Dicey, e, in particolare, nel libro su « Law of the Constitution », sono presenti motivi ricorrenti nella cultura che va dalla fine del XVII secolo al XIX secolo (77).

Già Locke, che scriveva i suoi « Two Treatises on Government » (78) prima della « Glorious Revolution » (79), aveva consacrato i principii della supremazia parlamentare, della eguaglianza e della indipendenza dei giudici. Gli farà eco un ginevrino, il De Lolme (1740-1807). Questo, comparando la costituzione inglese a quelle continentali, tesserà l'elogio della prima, specialmente per quanto riguarda il rispetto della libertà e la sovranità del Parlamento (80).

Ma saranno, poi, due autori inglesi del secolo successivo, Edmund Burke e Jeremy Bentham, ambedue molto letti da Dicey, a sollevare i primi dubbi sulle decisioni dei rivoluzionari francesi di abolire gli antichi giudici (i parlamenti) e di sostituirli con nuovi giudici, ai quali era impedito, però, di intervenire sulle questioni amministrative, per non turbare l'esecuzione delle decisioni amministrative (81).

---

(77) Sulle fonti di Dicey, l'analisi approssimativa e incompleta di H.W. ARNDT, *The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law*, in *The Australian Law Journal*, 1957, vol. 31, July, p. 117 ss.

(78) Si veda l'edizione critica di P. CASLETT, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1960.

(79) Anche se essi furono pubblicati immediatamente dopo.

(80) J.L. DE LOLME, *The Constitution of England or an Account of the English Government in which it is Compared Both with the Republican Form and the Other Monarchies in Europe*, London, Hatchard, 1784 (ma la prima traduzione è del 1771).

(81) Il primo a richiamare l'attenzione sul rapporto Francia-Inghilterra in Dicey,

In particolare, Burke, nelle sue « Reflections on the Revolution in France », scritte nel 1790 (82), lamentava la perdita di indipendenza subita dai giudici in Francia e osservava che l'esenzione dell'amministrazione dalla giurisdizione dei giudici ordinari era un grave errore: sono esentati dal controllo giudiziario proprio coloro che, per il fatto di svolgere una funzione pubblica, dovrebbero essere più astretti allo svolgimento dei propri doveri.

Anche Bentham fu interessato dalla rivoluzione francese e preparò, nel 1790, un « Draft of a New Plan for the Organization of the Judicial Establishment in France » (83) nel quale discuteva la norma allora in discussione contenente il divieto per i giudici di turbare l'attività amministrativa, affermando che, se questo comportava il divieto di dichiarare nulli gli atti amministrativi, si costringevano i giudici a rinunciare al loro proprio compito; un compito — aggiungeva — che non si vede come possa danneggiare il potere esecutivo. Bentham, nello stesso testo, si dichiarava contrario ad un giudice amministrativo, ma non per questioni di principio, bensì per ragioni pratiche, in quanto introduceva una inutile e dannosa complicazione.

Avvicinandoci agli anni in cui Dicey scriveva, troviamo segnati i tre temi di « Law of the Constitution »: la sovranità parlamentare, il regno della legge e le convenzioni costituzionali.

Sulla sovranità in generale e, in particolare, su quella parlamentare si era soffermato Austin, il fondatore della scuola giuridica analitica, la cui opera (84) era stata fondamentale nella formazione di Dicey (85).

Un irlandese trasferitosi in Australia, William Edward Hearn, è all'origine della fortunata formula della « Rule of Law ». Dicey, nella introduzione al « Law of the Constitution », riconosce il suo debito. La prima edizione del libro dello Hearn « The Government of

---

ma in termini molto generali e senza i necessari approfondimenti, è stato F.H. LAWSON, *Dicey rivisited*, in *Political Studies*, 1959, vol. VII, n. 2, p. 114-116.

(82) Ora in *The Works of E.Burke*, Oxford Univ. Press, s.d., ma 1907, vol. IV, p. 227.

(83) S.l.d.; ripubblicato nelle « Collected Works », vol. IV, p. 316.

(84) *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1861), London, Murray, I vol., p. 268.

(85) R.A. COSGROVE, *The Rule of Law*, cit., p. 23 ss.

England - its Structure and its Development » (86) è del 1867. Lì viene sottolineata con grande enfasi la sottopposizione del potere al diritto, conseguente all'affermazione del principio di eguaglianza. Il vento e la pioggia possono entrare nella capanna del povero, non il Re — ripete Hearn —. Ogni cittadino, non importa se funzionario pubblico o nobile, è sottoposto, nello stesso modo, alla legge e ai giudici ordinari (87).

Hearn osserva che due principii sono importanti nell'amministrazione: quello della responsabilità personale dei funzionari e quello della loro sottoposizione ai giudici ordinari.

Per quanto forte sia l'amministrazione, essa non può impedire che un suo funzionario sia sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario (88).

Secoli di conflitti hanno, poi, condotto a definire i poteri discrezionali della Corona sottoponendoli a regole e controlli (89).

Il terzo autore al quale Dicey deve molto è Edward Augustus Freeman, che era stato suo professore ad Oxford (90), autore di un libro storico su « The Growth of the English Constitution - from the earliest times » (91). In questo libro si parla già delle convenzioni come di un « system of political morality » e viene sottolineata la crescita silenziosa e per vie non legislative, ma convenzionali, della Costituzione inglese (92).

Freeman insiste anche sulla giustizia esattamente eguale per tutti e sugli sforzi del potere legislativo di restringere la prerogativa arbitraria della Corona e per assicurare la libertà dei cittadini (93).

Ancor più interessante rintracciare i debiti di Dicey per quanto attiene ai paragoni con la Francia. Qui, infatti, il quadro è più complesso, perché comprende sia autori inglesi, sia autori francesi.

Sul lato inglese, vanno ricordati tre autori. Il primo è James

---

(86) London, Longmans.

(87) P. 89-91.

(88) P. 92-109.

(89) P. 116- 135.

(90) Sul debito di Dicey per Freeman, H. TULLOCH, *A.V. Dicey, and the Irish Question: 1870 - 1922*, in *The Irish Jurist*, 1980, new series, vol. XV, p. 137.

(91) London, Macmillan, 1872.

(92) P. 107-120.

(93) P. 121-137.

Stephen. Nonno materno di Dicey, potente e rispettato funzionario pubblico e, per qualche tempo, professore di storia a Cambridge, egli scrisse alcune « Lectures on the History of France » (94), che andavano dal declino delle provincie romano galle a Luigi XIV. Si tratta di un'opera che Dicey non cita nel « Law of the Constitution », ma che certamente conosceva, come risulta dalle note conservate presso l'« All Souls College », ad Oxford. D'altra parte, si tratta di un'opera molto conosciuta ed apprezzata, come risulta anche da una lettera del 14 febbraio 1858 di Alexis de Tocqueville all'autore, nella quale Tocqueville comunica di aver ammirato la conoscenza particolareggiata dei documenti storici e la comprensione delle idee, delle leggi e dei costumi della Francia.

James Stephen si pone, all'inizio della ventiquattresima ed ultima lezione (95), l'interrogativo di Voltaire: come mai Francia ed Inghilterra, muovendo dallo stesso punto di partenza, sono arrivate, pressapoco allo stesso tempo, a risultati così dissimili, quali possono essere le costituzione del Marocco e di Venezia (96)? Stephen risponde, con molta decisione, che le cause di questo diverso sviluppo vanno ricercate, da un lato, nella Corona, dall'altro nelle altre forze. La Corona, che ha sostituito al dispotismo feudale un dispotismo regio. Le altre forze, l'aristocrazia, i giudici, il potere municipale, i rappresentanti del popolo, il clero, gli uomini di lettere, per la loro incapacità di bilanciare e frenare il potere monarchico. Principale responsabile, il potere giudiziario, che non ha saputo resistere al potere regio, ed agire da freno.

Il libro di Stephen era una storia di Francia, che si concludeva con un capitolo molto critico del dispotismo di Luigi XIV e un paragone con l'Inghilterra, tutto a favore della bontà della Costituzione di quest'ultima.

Un secondo libro, « History of England from the Accession of James I to the Disgrace of Chief justice Coke, 1603-1616 », di Samuel Rawson Gardiner (97), invece, è dedicato alla sola storia

---

(94) London, Longmans, 1851.

(95) II vol., p. 461 ss.

(96) Si noti che la domanda che si porrà trentaquattro anni dopo Dicey sarà formulata in termini pressoché simili.

(97) London, Hurst and Blackett, 1863.

inglese, e a un periodo limitatissimo, costituito dai tredici anni dalla morte di Elisabetta alla dissoluzione del Parlamento. Ma non è meno importante per la formazione delle idee di Dicey.

Anche l'autore di questo libro era, in un qualche modo, vicino a Dicey: infatti, insegnò nello stesso « College » oxoniense dove Dicey fu a lungo « fellow ». E Dicey stesso spiega, nella introduzione a « The Law of the Constitution », che questo libro gli ha suggerito la somiglianza tra il « droit administratif » francese della III Repubblica e le prerogative della Corona sotto i Tudors e gli Stuarts (98).

Anche Hearn, nel libro ricordato (99), segnala la differenza tra Inghilterra e Francia. Dopo aver segnalato come principii fondamentali della Costituzione inglese quelli che i funzionari sono personalmente responsabili degli atti commessi nell'esercizio delle funzioni pubbliche e che essi debbono rispondere davanti ai giudici ordinari, aggiunge che il problema è posto in termini ben diversi in Francia. L'espressione, che l'autore chiama « strana » e difficilmente traducibile, « giustizia amministrativa e garanzia dei funzionari pubblici », formatasi nell'Antico Regime, si è conservata nel nuovo. Nell'Antico Regime — osserva Hearn — si pensava che i principii dei giudici ordinari non avrebbero mai potuto conciliarsi con quelli dell'esecutivo; che gli affari amministrativi sarebbero stati disturbati da frequenti cause contro i dipendenti; che l'autorità del re sarebbe stata compromessa da procedure giudiziarie. Quindi, valendosi del potere di avocazione della Corona, non si consentì che alcun funzionario pubblico fosse sottoposto a procedure giudiziarie.

Queste idee erano tanto fortemente impresse nella mente dei francesi, che — scrive Hearn, sulla scorta di Tocqueville — la rivoluzione dette una forma legale al limite posto, in forma arbitraria e illegale, all'intervento dei giudici. Le costituzioni, poi, cambiarono, ma rimase fermo il principio di non intervento della giurisdizione ordinaria negli affari amministrativi.

Il rapporto tra Francia e Inghilterra, nel XIX secolo, è estremamente complesso. Dicey stesso, nel libro su « the Law of the Constitution », ne è testimone, nella pagina e nella nota che dedica ai sentimenti inglesi verso la Francia, dove ricorda che la presa della

(98) *Law of the Constitution,* p. VI.
(99) P. 109-111.

Bastiglia era stata salutata dagli inglesi con un entusiasmo che nel XX secolo non pareva facilmente comprensibile e che si spiega solo col fatto che la Bastiglia era il segno esterno e visibile del potere senza diritto. Si sentì — in Inghilterra — che significava l'ingresso, nel resto d'Europa, di quel regno della legge che esisteva già in Inghilterra (100).

Su questo rapporto si innesta l'influenza del pensiero liberale francese su Dicey. Tre francesi, in particolare, contribuiranno a formare le idee di Dicey sulla Francia, uno liberale moderato, Alexandre François Auguste Vivien (101), un altro liberale democratico, Alexis de Tocqueville, un altro, infine, che era un pratico, Léon Aucoc. Di tutt'e tre Dicey conosce e cita le opere principali, anche se gli sfuggono altri scritti o discorsi. Vedremo che critici francesi forniscono argomenti e materiali per la critica inglese della Francia.

Per molti versi, quelle di Vivien e di Tocqueville sono due vite parallele. Vissuti ambedue nella prima metà del secolo scorso, ambedue giudici, ambedue politici durante la monarchia di luglio, sotto Luigi Napoleone Bonaparte e durante la Repubblica, ambedue per breve tempo ministri, ambedue lasciano la vita politica nel 1851, ambedue membri dell'« Institut ». Ambedue saranno indotti dalle circostanze a pronunciarsi, come studiosi e come politici, sui rapporti tra giustizia e amministrazione. Tuttavia, come vedremo, li separava una diversa concezione della giustizia amministrativa.

Cominciamo con Vivien, di cui Dicey conosce la seconda edizione dei fondamentali « Etudes administratives ». Dicey lo definisce giurista francese di grande autorità (102).

Vivien (1799-1854) doveva avere una discreta conoscenza dell'Inghilterra, perché era stato educato da una nonna che aveva vissuto per metà della sua vita in Inghilterra e perché egli stesso fece un lungo soggiorno, nel 1833, in quel paese. Prima avvocato, poi per breve tempo procuratore generale ad Amiens e prefetto di polizia a Parigi, divenne consigliere di Stato e fu, dal 1849 al 1851, presidente della sezione legislativa di questo corpo. Fu deputato dal 1833 al

---

(100) P. 192-193.

(101) O. Pirotte, *Alexandre Francois Auguste Vivien de Goubert (1799-1854) - contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, Paris, L.G.D.J., 1972, spec. p. 79.

(102) P. 337, nota 1.

1848, ministro della Giustizia nel 1840 e ministro dei Lavori pubblici nel 1848.

Negli « Etudes administratives » (103), Vivien spiegava che giustizia ed amministrazione sono due poteri distinti, che debbono rimanere entro i limiti che sono loro assegnati. E continuava: vero che alcuni paesi liberi, come l'Inghilterra e gli Stati Uniti, non hanno accettato il principio della separazione dei poteri, ma il loro esempio è senza importanza, perché l'amministrazione francese non si può comparare a quella di questi due paesi.

Le differenze sono due. La prima sta nel carattere circoscritto dell'amministrazione inglese e americana; l'amministrazione francese è ben più ampia ed ha molti più compiti. La seconda sta nel carattere minuzioso e imperativo delle leggi, che sono applicate in maniera meccanica dai funzionari pubblici, che non sono dipendenti dal governo: l'amministrazione è un agente cieco, chiamato solamente a leggere un testo e a seguirlo alla lettera. La legge, inoltre, stabilisce pene per i funzionari che non la rispettano. E il giudice che dà esecuzione alla legge, irrogando le pene, non si mescola negli affari amministrativi: egli non fa che applicare un testo legale ad un'amministrazione che ha le mani legate e i cui obblighi sono tutti definiti dall'inizio.

Diversa la situazione in Francia. Qui il legislatore — dice Vivien — stabilisce principii fondamentali e conferisce poteri generali all'amministrazione, che rimane vero arbitro. In questo sistema, attribuire ai giudici ordinari il potere di annullare gli atti amministrativi o di pronunciarsi sulla responsabilità dei funzionari, vorrebbe dire sottomettere l'amministrazione a un controllo generale e illimitato, attirarla nell'area giudiziaria, renderla inerte e arrestare il suo corso. Questo era accaduto nell'Antico Regime, quando i Parlamenti erano giunti ad interferire nell'attività legislativa e in quella amministrativa. Per cui l'Assemblea Costituente aveva stabilito il principio della separazione dei poteri e del divieto di interferenza dei giudici nell'attività amministrativa.

Ma l'applicazione del principio della separazione dei poteri — continua Vivien — deve essere circondato da tutte le garanzie necessarie a impedirgli di degenerare in strumento di usurpazione e

(103) Paris, Guillamin, I ed. 1845, II ed. 1852, III ed. 1859.

di dispotismo. Occorre, dunque, determinare le regole secondo le quali mantenere giustizia e amministrazione separate. Qui Vivien mette il dito su due punti, che giocheranno un ruolo determinante per la formazione del pensiero di Dicey: l'irresponsabilità dei funzionari e l'attribuzione allo stesso giudice amministrativo del compito di giudice dei conflitti. Dopo aver fatto la storia della tormentata disciplina di questi due punti capitali dal 1800 al 1852, Vivien osserva che, se un cittadino vuol fare annullare un atto amministrativo lesivo di un suo diritto, il governo, attraverso lo strumento del conflitto, può impedire ai tribunali ordinari di intervenire; e, se un cittadino lamenta un comportamento arbitrario, commesso da un dipendente pubblico e causa di un pregiudizio per lui, il governo, rifiutando di dare l'autorizzazione a procedere contro il dipendente, può impedire al giudice ordinario di giudicare. E aggiunge: si è autorizzati ad affermare che l'autorità giudiziaria non è protetta contro l'amministrazione. Ed è singolare il contrasto tra le leggi che, da una parte, dichiarano i giudici inamovibili, allo scopo di sottrarli all'influenza di chi potrebbe utilizzare la rimozione come un'arma per limitarne l'indipendenza, e, dall'altra, permettono al governo di sottrarre alla giurisdizione dei giudici ordinari tutte le questioni per le quali la inamovibilità assicura una protezione ai cittadini. E la cosa è tanto più incomprensibile in quanto — conclude Vivien — i giudici ordinari sono ben diversi da quelli dell'Antico Regime, rispettano le reciproche competenze e sono mossi solo dalla preoccupazione di difendere i diritti dei privati, senza voler dare ombra a coloro che sono disposti a rispettare questi diritti (104). Più avanti (105) Vivien, secondo un orientamento proprio del liberalismo moderato, cercherà di dare un suo posto al contenzioso amministrativo, spiegando che non si tratta né di contenzioso giudiziario (in quanto riguarda leggi speciali), né di mera disciplina discrezionale (perchè opera quando si tratta di un diritto).

Come è si detto, Vivien ebbe occasione di pronunciarsi sul diritto amministrativo e sulla giustizia amministrativa anche quale deputato e magistrato. Le occasioni furono molte, ma due gli dettero modo, in particolare, di esporre meglio il suo pensiero.

---

(104) VIVIEN, *Etudes*, cit., I vol., III ed., p. 16-29.
(105) I vol., p. 123.

La prima fu costituita dai due dibattiti degli inizi del 1835 in materia forestale e sulla legge relativa alla responsabilità dei ministri e degli altri funzionari pubblici. La seconda fu il rapporto del 1848-1849 sulla legge organica sul Consiglio di Stato. Dicey non conosceva questi interventi di Vivien. Ma è interessante farne egualmente una breve menzione.

Nella prima occasione, Vivien sostenne che l'amministrazione non dovesse essere soggetta ai giudici, ma dovesse controllare essa stessa l'esercizio delle sue prerogative. Infatti, i ricorsi a cui l'attività amministrativa può dar luogo si legano in modo inseparabile con l'azione amministrativa. L'azione amministrativa, sottoposta al controllo dei giudici, sarebbe paralizzata. Un sistema di giustizia amministrativa è più liberale. I funzionari debbono essere garantiti: senza di ciò, la linea di separazione tra giudici e amministrazione sarebbe rotta. Né ciò costituisce un fatto grave, se si riflette sul fatto che, dei centocinquanta mila funzionari, solo per seicentoventi è stata avanzata richiesta di procedere; che solo per trecentonovantuno funzionari la richiesta è stata accolta; e che solo centoquaranta di questi sono stati condannati (106).

Se nel 1835 Vivien doveva solo difendere la separazione tra giustizia e amministrazione, nel 1848 andrà più avanti. Anche ora parte dall'argomento che sarebbe pericoloso sottoporre l'amministrazione ai giudici, che non conoscono le necessità dell'esecutivo, i suoi usi e i suoi bisogni; che si preoccupano, per mestiere, esclusivamente del diritto privato. La loro invasione nel campo amministrativo distruggerebbe il principio tutelare della separazione dei poteri. Ma, poi, afferma che deve esservi un controllo dell'amministrazione, che deve essere svolto dal contenzioso amministrativo. Questo deve distinguersi dalla giustizia ordinaria perché si applica a questioni di diritto amministrativo, perché è regolato da leggi speciali, perché ha principii e condizioni speciali. Insomma, Vivien non riesce a liberarsi dell'antico motto per cui « juger l'administration c'est encore administrer », ma si fa sostenitore della tesi dello sdoppiamento dell'amministrazione in amministrazione attiva e giurisdizione amministrativa.

Se, dunque, sostenne una linea mediana, tra quella giuri-

(106) O. PIROTTE, *op. cit.*, p. 96 ss.

sdizionale e quella amministrativa, linea che viene correntemente definita quasi giudiziaria, è vero che Vivien può ascriversi alla corrente liberale — moderata o liberale — autoritaria.

Quanto a Léon Aucoc, le sue « Conférences sur l'administration et le droit administratif faites a l'école des ponts et chaussés » (107) hanno avuto su Dicey una influenza meno ideologica e più pratica. L'opera ponderosa di Aucoc, infatti, per il pubblico al quale era diretta, era piuttosto una analitica descrizione del funzionamento della complicata macchina amministrativa, che un tentativo di catturarne lo spirito, come gli « Etudes » di Vivien o i brevi scritti — ai quali ora passeremo — di Tocqueville.

Su un punto fondamentale, però, Aucoc, orientò Dicey: l'assimilazione dei conflitti di attribuzione alle regole dirette a disciplinare le azioni giudiziarie nei confronti dei funzionari pubblici. Ora, Aucoc, nel primo tomo delle sue « Conférences », trattava congiuntamente questi due argomenti nella parte dedicata ai mezzi per assicurare l'indipendenza dell'autorità amministrativa rispetto a quella giudiziaria. Si può immaginare che questo titolo abbia richiamato subito l'attenzione di Dicey, convinto come egli era che nessun potere dovesse essere indipendente da quello giudiziario. Come abbiamo visto, Dicey, menzionerà questi due aspetti — l'attribuzione all'organo amministrativo del compito di giudicare sui conflitti e la sua competenza ad autorizzare l'azione di responsabilità dei privati nei confronti dei funzionari pubblici — come punti sui quali il « droit administratif » maggiormente si discosta dalla « Rule of Law ».

Molto più complicati i rapporti tra Dicey e Tocqueville (108). Sappiamo che Dicey, da giovane, leggeva Tocqueville (109); che, in una lettera del 12 giugno 1913 a Bryce, scriverà che, se avesse dovuto indicare gli autori che più l'avevano impressionato nella prima giovinezza, avrebbe indicato Tocqueville e Lyall (110) e che gli

---

(107) S.i.e., Paris, 3 voll., I edizione 1869.

(108) In generale, ma senza cogliere i punti fondamentali, S. DRESCHER, *Tocqueville and England*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1964, p. 86 ss.

(109) TROWBRIDGE H. FORD, *Albert Venn Dicey — The Man and his Times*, Chichester, Barry Rose, 1985, p. 21.

(110) R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Univ. of North Carolina Press, 1980, p. 13.

dedicò uno scritto (111). In più, in frammenti di diari e in lettere pubblicati postumi (112) egli contrappone Tocqueville a Taine, osservando che il primo ha tracciato l'interpretazione di fondo, il secondo vi aggiunge citazioni e dati e si dice rammaricato di non aver imitato Tocqueville nelle sue opere, illustrando con la dovuta forma le conclusioni dei suoi ragionamenti e raccogliendo prove e documenti alla fine degli scritti.

Nell'ultima edizione del « Law of the Constitution », Dicey, in ben due passaggi (113), afferma che Tocqueville era un uomo di genio straordinario. E dichiara ben due volte di aver appreso dell'esistenza del « droit administratif » dalle opere di Tocqueville, i cui scritti hanno esercitato — continua Dicey — nel XIX secolo, in Inghilterra, un'influenza paragonabile a quella di Montesquieu nel XVIII secolo. Poi, quasi per scusarsi, aggiunge: vero che Tocqueville, per sua stessa ammissione (si veda la lettera a Blosseville, del 1831, alla quale faremo tra poco riferimento), sapeva poco del « droit administratif ». Verso la fine della sua vita, la sua conoscenza del « droit administratif » crebbe, ma fu conoscenza di storico, non di giurista; ma, guardando il fenomeno con gli occhi dello storico, fu portato ad esagerare le somiglianze tra Antico Regime e Francia postrivoluzionaria, mentre gli sfuggivano i cambiamenti che avvenivano ai suoi tempi, e, in particolare, la giurisdizionalizzazione dell'amministrazione.

Vedremo che Dicey si sbagliava: Tocqueville ebbe piena contezza dell'importanza degli sviluppi dei suoi tempi, ed, anzi, contribuì alla loro realizzazione. Ma è singolare che il « pregiudizio » o l'« errore » di Dicey venga da questo, erroneamente, attribuito a Tocqueville.

Ma vediamo, ora, quali brani di Tocqueville sceglie Dicey. Nella prima edizione di « Law of the Constitution », egli cita (114) la famosa lettera, scritta il 10 ottobre 1831, da New York, a Blosseville. Questa lettera era stata pubblicata nell'edizione Beaumont delle opere com-

---

(111) A.V. DICEY, *A. de Tocqueville*, in *National Review*, 1893, vol. XXI, August, p. 771-784.

(112) R.S. RAIT, a cura di, *Memorials of Albert Venn Dicey Being Chiefly Letters and Diaries*, London, Macmillan, 1925, p. 132 e p. 134.

(113) P. 89 e 358.

(114) P. 180-181, nota 2.

plete (115). Nella parte iniziale, non citata da Dicey, Tocqueville scrive di interessarsi del sistema giudiziario americano, dei giudici ordinari e di quelli speciali. E dichiara con sorpresa di non aver trovato da alcuna parte, fino a quel momento, tracce di giudici amministrativi somiglianti al Consiglio di Stato e ai consigli di prefettura francesi. Vi sono — aggiunge — questioni amministrative: ma da chi sono giudicate? Prosegue (ed è questa la parte citata da Dicey): per esaminare la questione, dovrei sapere quel che esiste in Francia, ciò che ignoro quasi completamente. E continua col brano tanto citato: « vous savez que, chez nous, le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point tojours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître ». Finisce chiedendo a Blosseville informazioni sulla composizione e sulla competenza dei tribunali amministrativi, sulla loro utilità e sull'influenza politica che possono esercitare.

Nella prima edizione di « Law of the Constitution » (116), Dicey cita anche un noto passaggio della « Démocratie en Amerique », I tomo, parte prima, capitolo VI. Anche in questo caso, Dicey cita solo la seconda parte del testo, quella relativa alla situazione francese, non la prima, relativa all'Inghilterra e agli Stati Uniti.

Tocqueville scrive che, negli Stati Uniti, come in Inghilterra, tutti i cittadini possono promuovere un'azione nei confronti dei funzionari pubblici e i giudici ordinari hanno il potere di condannarli. Ciò è visto come cosa naturale e, in tal modo, non si pensa che il potere del governo diminuisca. In Francia, invece, l'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII dispone che occorra una decisione del Consiglio di Stato per proporre azione nei confronti di un funzionario pubblico. Continua Tocqueville: ho cercato spesso di far comprendere il significato di questa disposizione agli americani o agli inglesi, ma mi è riuscito difficile. La prima loro impressione era che i giudizi fossero condizionati alla decisione di un gran tribunale centrale, che doveva decidere in via preliminare. Quando spiegavo loro che il Consiglio di Stato non è un giudice, ma un corpo amministrativo, composto di membri nominati dal Re, e che quest'ultimo, dopo aver ordinato a un prefetto di commettere un'ille-

(115) A. de Tocqueville, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67.
(116) P. 193.

galità, poteva ordinare ad un altro suo servitore di impedire di punire il primo; quando mostravo loro che il cittadino, colpito dall'ordine del principe, era costretto a chiedere al principe stesso l'autorizzazione a ricorrere per ottenere giustizia, rifiutavano di credere a simili enormità e mi accusavano di menzogna e di ignoranza (117).

Come in un gioco di specchi, dunque, Dicey vuol convincere lettori inglesi facendo vedere la realtà francese descritta da un francese che fa parlare degli inglesi per mostrare l'enormità della situazione francese.

Il terzo brano di Tocqueville citato da Dicey nella prima edizione del « Law of the Constitution » è tratto dalla lettera del 10 agosto 1854 a Freslon (118). Si tratta di una lettera in cui Tocqueville esprime in breve la tesi di fondo del volume su « l'Ancien Régime et la Révolution »: nello studio delle carte amministrative dell'Antico Regime, risulta chiaro l'intervento continuo del potere amministrativo nella sfera giudiziaria. I legisti lamentavano continuamente che nell'Antico Regime i giudici amministravano. Si potrebbe lamentare con altrettanto fondamento il fatto che gli amministratori giudicavano. La sola differenza con la situazione odierna — continua Tocqueville — è che abbiamo corretto l'Antico Regime sul primo punto, mentre l'abbiamo imitato sul secondo. Avevo creduto fino ad ora che la giustizia amministrativa fosse una creazione di Napoleone. Essa è, invece, « pur ancien régime conservé ». Il principio che, anche se si tratta di un contratto tra lo Stato e un privato, è lo Stato a giudicare, era ritenuto sacro sia dagli intendenti dell'Antico Regime, sia dai prefetti.

Questi concetti saranno esposti con maggiori svolgimenti ne « L'Ancien Régime et la Révolution », pubblicato nel 1856, che Dicey non cita nell'edizione del 1885 della sua opera, bensì in edizioni successive (119).

Nel capitolo II del secondo libro, sulla centralizzazione, Toc-

---

(117) A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amerique*, Paris, Gallimard, 1951, Tome I, p. 104-106.

(118) Pubblicata in *Oeuvres et correspondance inédites d'Alexis de Tocqueville* (edizione Beaumont), Paris, Levy, 1861, tome II, p. 221-222.

(119) Ora in *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, Tome II, voll. 2, s.d., ma 1952; si noti che anche in questa opera Tocqueville fa continui cenni comparati all'Inghilterra,

queville spiega che al centro del regno, sotto l'Antico Regime, vi era il « Conseil du Roi », nello stesso tempo corte suprema di giustizia, tribunale superiore amministrativo, organo consultivo del governo (e, in quanto tale, con un ruolo importante nel processo legislativo) e consiglio superiore della pubblica amministrazione. In provincia, un funzionario dei gradi inferiori del Consiglio, l'intendente, ha anch'egli il compito di amministratore e di giudice.

Il capitolo IV del secondo libro è intitolato: la giustizia amministrativa e la garanzia dei funzionari sono istituzioni dell'Antico Regime. Tocqueville osserva: durante l'Antico Regime, per evitare di sottostare ai giudici, che erano tra i più indipendenti in Europa, l'esecutivo ricorreva a due mezzi: istituzione, con editti reali o con decreti del Consiglio, di giudici speciali, oppure avocazione, con decisioni del Consiglio, di singole controversie (in quest'ultimo modo, interi campi, come quello delle imposte, quello dei trasporti, quello della navigazione, ecc., erano passati dalle mani dei giudici alla competenza del Consiglio di Stato).

Aggiunge: si vanta il fatto che la rivoluzione abbia introdotto la separazione del potere amministrativo da quello giudiziario ed abbia posto i funzionari al riparo dagli interventi dei giudici. Ma la garanzia dei funzionari era stata introdotta dall'antica monarchia. Unica differenza è che prima il governo proteggeva i suoi funzionari ricorrendo a misure illegali e arbitrarie, mentre dopo si è potuto lasciare loro violare le leggi legalmente.

Più in generale, Tocqueville osserva — seguendo il ragionamento esposto a Freslon — che il nuovo regime ha cacciato la giustizia dalla sfera amministrativa, ma non impedisce l'intervento dell'amministrazione nella giustizia. E sarà questo il brano citato da Dicey.

Tocqueville tornerà ancora (capitolo V del secondo libro e capitolo VI del terzo libro), brevemente, sull'unione di amministrazione e giurisdizione nei tribunali amministrativi, sulla protezione dei funzionari (nonché sulle limitazioni poste al potere giudiziario): « des tribunaux exceptionnels qui jugent les affaires où l'administration est intéressée et couvrent tout ses agents ».

---

per dire che essa è un paese moderno, essendosi liberata, dal Seicento, dei residui del medioevo.

Sui rapporti tra amministrazione e giustizia Tocqueville ha, però, avuto modo di soffermarsi in altre circostanze, nel periodo 1835-1846. Si tratta di scritti non ancora pubblicati quando Dicey scriveva, con l'eccezione di due, tra cui il più importante. È utile, per completezza, passarli in rassegna tutti.

Si tratta, in primo luogo, delle note sull'introduzione del potere giudiziario nell'amministrazione, prese nel corso del secondo viaggio di Tocqueville in Inghilterra (1835) (120). L'autore osserva che si potrebbe scrivere un libro, e uno dei più importanti che si possano immaginare, sulla necessità e sui modi di introdurre il potere giudiziario nell'amministrazione. La necessità di tale introduzione — continua Tocqueville — è una delle idee centrali alle quali mi riconducono tutte le mie ricerche sui modi per assicurare la libertà politica. Più avanti osserva che l'istituzione più salutare è una giustizia veramente indipendente e con competenze più ampie di quelle in cui è rinchiusa la giustizia in Francia. E, infine, prendendo note sulla situazione inglese, osserva che lì il potere giudiziario interviene continuamente sulle amministrazioni locali e quasi tutti gli atti amministrativi finiscono in processi o si rivestono di forme giudiziarie.

Una seconda riflessione sul tema è compiuta da Tocqueville il 20 aprile 1843, nell'intervento all'Assemblea nazionale sulla competenza dei tribunali amministrativi in materia di reati commessi su strade pubbliche (121). Lì Tocqueville osserva che i tribunali amministrativi, Consiglio di Stato e Consigli di prefettura, non sono veri giudici, perchè non sono indipendenti. E continua: il vero problema è che vi è profonda sfiducia nella giustizia ordinaria, per cui si è affermato il principio che, quando è impegnato l'interesse dello Stato, occorre che la pubblica amministrazione abbia un proprio giudice. Ma questo principio è falso: proprio quando sono in gioco interessi collettivi, occorre che vi sia un giudice imparziale e indipendente.

Più avanti, dal 16 febbraio 1845 in poi, Tocqueville scriverà

(120) A. de TOCQUEVILLE, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, « Oeuvres complètes », tome V, II, Paris, Gallimard, 1958, p. 68-70.

(121) Ora in *Ecrits et discours politiques*, *Oeuvres complètes*, tome III, II, Paris, Gallimard, 1985, p. 168 ss.

quattro articoli, non firmati, nel « Commerce », sulla responsabilità dei funzionari, che toccano, però, anche la questione della doppia giurisdizione (122). Il diritto di procedere in via giudiziaria nei confronti dei funzionari pubblici, quando abusano del loro potere, è la libertà nel suo aspetto più concreto e pratico. La previsione dell'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII costringe a chiedere all'amministrazione stessa la riparazione di un abuso amministrativo. Dal 1827 al 1835 tutti i liberali hanno chiesto l'abrogazione dell'art. 75, perché l'amministrazione potesse diventare responsabile dei suoi atti.

Quanto alla doppia giurisdizione, Tocqueville afferma trattarsi di uno stato di cose mostruoso, perché quella amministrativa è una giurisdizione bastarda. Si tratti di una questione civile o di una penale, se intervengono interessi pubblici, diviene competente il Consiglio di Stato, che, però, non è né indipendente, né, in senso proprio, un giudice, perché dà solo un parere. Questo stato di cose detestabile — conclude — è contrario a tutti i principi liberali.

Più importante di tutti, è però, il rapporto di Tocqueville alla Accademia di scienze morali e politiche sul « Cours de droit administratif » di Macarel (1846) (123). L'importanza, per quanto stiamo scrivendo, è triplice. Innanzitutto, perché è l'occasione nella quale Tocqueville esprime tutto il suo pensiero, in maniera organica, sul diritto amministrativo. In secondo luogo, perchè permette di smentire l'opinione di Dicey, seguita poi da altri, secondo la quale Tocqueville non avrebbe avuto una conoscenza approfondita del diritto amministrativo. In terzo luogo, perché stranamente Dicey non conosce questo scritto; se l'avesse letto, probabilmente non sarebbe mai pervenuto a conclusioni così critiche sul « droit administratif ».

Napoleone — scrive Tocqueville — ha sottratto l'amministrazione al controllo dei cittadini, rendendo inviolabili i dipendenti pubblici: regola audace che si è cercato sempre di introdurre nelle monarchie assolute, ma che nessun despota aveva giammai osato

---

(122) Ora in *Ecrits*, cit., p. 155 ss.

(123) In *Oeuvres complètes*, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p. 63 ss.

scrivere in alcuna legge e che nessun paese al mondo ha ammesso come principio generale.

Quanto alla distinzione della giustizia in due tipi, quella ordinaria e quella amministrativa, questo è un principio che nessun paese libero e nessun popolo civilizzato ammetterà mai in termini generali ed assoluti. È ammissibile una giustizia amministrativa separata da quella ordinaria, ma per casi rari ed eccezionali. La regola generale deve essere quella che tutti i processi debbono andare al giudice che dà maggiori garanzie alle parti, qualunque siano le parti. È sbagliato trasformare una procedura bizzarra e pericolosa come quella davanti al Consiglio di Stato, dove il vero giudice è il principe, in una forma abituale e regolare di giustizia. Né è corretto parlare di « justice réservée », perché la prerogativa della Corona di modificare i pareri resi dal Consiglio di Stato è divenuta una finzione legale, perchè il governo non se n'è servito che una volta sola negli ultimi quaranta anni. Di qui la critica di Tocqueville a Macarel, colpevole di aver portato al livello dei principii lo sdoppiamento della giustizia in un ramo ordinario ed uno amministrativo.

Se, fino a questo punto, Tocqueville non fa che ripetere le sue critiche della garanzia dei funzionari e della doppia giurisdizione, dopo egli aggiunge alcune pagine di lode del diritto amministrativo, del quale auspica che possa perdere la componente autoritaria. Afferma, col solito sguardo lungimirante: si può prevedere che il nostro « droit administratif » diverrà gradualmente quello del mondo civilizzato, grazie alla sua conformità con le condizioni degli uomini del nostro tempo e al fatto che esso è il risultato necessario della rivoluzione sociale. Si può essere certi che, dovunque verranno aboliti i privilegi e introdotta l'eguaglianza, si vedrà nascere qualcosa di analogo al nostro diritto amministrativo. Il diritto amministrativo è, dunque, una delle forme dello stato nuovo del mondo: lo chiamiamo sistema francese, ma occorrerebbe dire sistema moderno. Il problema ancora aperto è quello di separare dal diritto amministrativo gli elementi illiberali: il sistema amministrativo francese è stato concepito per la libertà, ma è stato completato dal dispotismo. Per cui, in Inghilterra e in America, le due grandi nazioni libere che esistono oggi al mondo, nessuno adotterebbe il diritto amministra-

tivo tutto intero, con le impronte lasciategli dalla mano possente di Napoleone.

Tocqueville tornerà ancora sulla giustizia amministrativa, in una conversazione con un inglese, dell'8 gennaio 1852 (124). Dice Tocqueville: vi sono ora tre procedure in Francia: quella giudiziaria, con la quale si è portati davanti a un giudice e, se il delitto è grave, si è condannati a uno o due anni di prigione; quella militare, con la quale si è portati dinanzi a una corte marziale e fucilati; quella amministrativa, con la quale, senza nessun giudizio, si è portati in Caienna o ad Algeri.

Tocqueville e Dicey, il primo nella prima metà del secolo scorso, il secondo nella seconda, hanno contribuito come pochi alla definizione delle idee di fondo relative al diritto amministrativo. Li accomuna la fede liberale. Li differenziano almeno due tratti. Il primo guarda al futuro, il secondo al passato. Il primo è un osservatore impegnato ma spassionato, il secondo un difensore tenace, fin troppo tenace, delle opinioni che si è formato.

Smentita l'impressione, fondata sulla lettera del 1831 a Blosseville, che Tocqueville non conoscesse il diritto amministrativo, tre punti sono chiari. Il primo è che Tocqueville non reagiva soltanto alla concezione assolutistica del diritto amministrativo, ma riportava in Francia una reazione inglese, che doveva aver raccolto in molte delle sue conversazioni americane ed inglesi. Si sommavano un'esperienza diretta e un'opinione raccolta all'estero, in quegli stessi paesi nei quali l'anatema di Dicey prenderà piede, divenendo viva voce della Costituzione.

Il secondo punto è relativo all'opposizione tra l'apprezzamento di Tocqueville e la critica di Dicey per il « droit administratif ». Tocqueville, pur criticandone gli aspetti dispotici, ne fa salva la base. Dicey, le cui idee si erano formate sui testi di Tocqueville (ma senza conoscere la relazione sul libro di Macarel), fa di tutta l'erba un fascio, ritiene il « droit administratif » prodotto e strumento di dispotismo, non utilizzabile in istituzioni liberali.

Il terzo punto riguarda la lettura diceyana di Tocqueville. Essa

---

(124) *Correspondence and conversations of A. de Tocqueville with Nassau William Senior from 1834 to 1859*, edited by M.C.M. Simpson, 2 voll., London, King, 1872, II vol., p. 19-20.

non solo è incompleta, ma manca di comprensione storica: basti ricordare che Dicey inizialmente (1885) accetta come riflessioni sul diritto positivo vigente in Francia scritti di Tocqueville precedenti nel tempo di circa quaranta anni. Farà, poi, come abbiamo visto, molte correzioni, ma conservando l'impostazione critica di fondo. Per cui può dirsi che, nel dialogo tra i due lati della Manica, c'è una sorta di lentezza di percezione, un ritardo, uno slittamento dei tempi.

Ma c'è di più. A Dicey sfuggirono i cambiamenti avvenuti nell'atteggiamento di Tocqueville, nel passaggio dal primo (1835) al secondo (1840) tomo della « Démocratie en Amerique ». Nel primo vengono esaltati il popolo sovrano e l'esecutivo; nel secondo, viene esaltato il potere giudiziario. Nel primo Tocqueville apprezza la concentrazione dei poteri, nel secondo teme le sue conseguenze per la libertà dei cittadini. Nella seconda opera, quindi, Tocqueville teme l'affermarsi di un diritto diseguale, che attribuisca all'autorità prerogative e privilegi, e sostiene che, per contrastarlo, occorra, tra l'altro, il rafforzamento dell'indipendenza del potere giudiziario. Si trova qui il passaggio più acuto e critico di Tocqueville sulla giustizia amministrativa. Scrive Tocqueville: nelle nazioni democratiche d'Europa, che chiamiamo libere, così come nelle altre, a fianco dei tribunali, sono stati istituiti altri giudici, più dipendenti, per decidere sui conflitti tra amministrazioni pubbliche e cittadini. Si dà indipendenza al potere giudiziario, ma se ne limita la giurisdizione, facendolo arbitro dei soli interessi privati. Il numero e le attribuzioni dei giudici amministrativi crescono sempre di più e il governo sfugge all'obbligo di far sanzionare da un altro potere le sue decisioni e i suoi diritti. Non può fare a meno di giudici, e, quindi, vuole sceglierli e controllarli. Quindi, tra lo Stato e i cittadini v'è l'immagine della giustizia, non la giustizia stessa (125).

Se Vivien e Tocqueville contribuirono alla formazione delle idee di Dicey, il fondatore e direttore dell'« Ecole libre des sciences politiques », Emile Boutmy, contribuirà a rafforzare i convincimenti di Dicey.

---

(125) *De la Démocratie*, cit., II tome, parte IV, cap. V, p. 315; più avanti, nel cap.VII, ricorderà quanto importanti siano l'indipendenza dei giudici e il rispetto delle forme e delle procedure. Su questo cambiamento, A.M. BATTISTA, *Tocqueville. Un tentativo di sintesi*, in *Trimestre*, 1985, A. XVIII, nn. 3-4, luglio-dicembre, p. 171 ss.

Boutmy pubblicò nel 1885, nello stesso anno della prima edizione di « Law of the Constitution » un volume di « Etudes de droit constitutionnel - France - Angleterre - Etats Unis » (126). È interessante notare che la seconda edizione di questa opera (1888) venne tradotta in inglese da Elynor Mary Dicey, moglie di Albert Venn, e che lo stesso Dicey vi aggiunse una introduzione, nella quale, con parole di apprezzamento per l'opera, nota che uno straniero che conosca bene gli orientamenti di un paese che non è il proprio è in grado di fare un esame generale migliore di quello di chi guardi le istituzioni dall'interno.

Ora, anche in Boutmy è presente il motivo del carattere illiberale dell'amministrazione francese. Egli osserva (127) che i diritti degli individui sono garantiti dalle Costituzioni, ma vengono spesso cancellati dal potere amministrativo. L'esistenza e l'attività di una giustizia amministrativa nella quale lo Stato figura come giudice e come parte consente di subordinare l'interesse o le libertà privati al dispotismo dell'interesse pubblico. L'Inghilterra e il governo federale degli Stati Uniti — aggiunge Boutmy — sono sfuggiti a questo male.

Questa lunga analisi ha consentito di accertare che Dicey era debitore verso molti autori di molte delle sue idee: l'opposizione sistema dualistico francese — sistema unitario inglese, la critica della componente autoritaria del diritto amministrativo, le insufficienze della protezione del cittadino nel sistema a « droit administratif », sono tutte idee diffuse all'epoca.

Si deve dire, quindi, che egli manchi di originalità e che abbia soltanto svolto più organicamente la critica del « droit administratif »? Un giudizio è possibile soltanto se si compara Dicey con gli autori dei suoi tempi.

Tralasciamo, con una unica eccezione, gli autori di storia costituzionale, come May (128) e Stubbs (129), ai quali pure attinge molto

---

(126) Paris, Plon; due dei tre capitoli di questa opera, quelli relativi alla costituzione inglese e alla costituzione americana, erano stati pubblicati separatamente, nel 1878 e nel 1884.

(127) P. 258-259 della II ed.

(128) T.E. May, *The Constitutional History of England Since the Accession of George the Third — 1760-1860*, London, Longmans, 1861, che è un esempio di storia politica.

Dicey: essi esaminavano la Costituzione soltanto dal punto di vista storico, e spesso facevano soltanto opere di erudizione.

L'eccezione è costituita da « The Constitutional History of England — a course of lectures delivered » di Frederic William Maitland (1850-1906) (130). Si tratta di un corso di lezioni, pubblicato postumo, che va segnalato per due motivi: in primo luogo, perché le lezioni vennero scritte nel 1887-1888, tre anni dopo la pubblicazione del libro di Dicey; in secondo luogo, perché, mentre metà del libro ha carattere storico, la seconda metà presenta « a sketch of public law at the present day — 1887-1888 ». Maitland organizza l'esposizione nel modo seguente: il corpo sovrano (Corona e due assemblee), struttura, poteri e funzionamento; la Corona e il governo; poteri della Corona; il sistema fiscale; il sistema militare; l'amministrazione della giustizia; il sistema della polizia; gli affari sociali e il governo locale; la Chiesa; la definizione del diritto costituzionale. Se l'esposizione tocca un maggior numero di argomenti (si noti che Dicey non tratta, ad esempio, il tema del governo locale), essa, però, è pedante e non consente di comprendere quali siano le idee portanti della Costituzione inglese e ciò che la differenzia da quella di altri paesi.

Lo stesso deve dirsi di un'altra opera, « The Law and Custom of the Constitution », in ben tre volumi (131), di un collega ed amico di Dicey, insegnante e poi « Warden » dell'« All Souls College », dove anche Dicey insegnò, William R. Anson (1843-1914).

L'Anson stesso, che pubblica il suo lavoro solo un anno dopo quello del suo collega, dichiara, nella prefazione, di Dicey: « he has done the work of an artist; I have tried to do the work of a surveyor ». L'opera di Anson esamina con grande ricchezza di particolari il funzionamento della Costituzione. Del Parlamento egli mostra lo sviluppo storico, la composizione delle due camere e la scelta dei loro componenti, il procedimento legislativo, la posizione della Corona in Parlamento, i conflitti con l'esecutivo, la posizione

(129) W. Stubbs, *The Constitutional History of England in its Origin and Development*, Oxford, Clarendon, 1873, 3 voll., che peraltro giunge solo fino al 1400, esempio di storia erudita; si veda, peraltro, il cap. XVII, vol. II, p. 535, su « royal prerogative e parliamentary authority ».

(130) Cambridge University Press, 1908, più volte ristampate.

(131) Oxford, Clarendon, 1886.

dei « Law Lords ». Passa, poi, alla Corona, di cui esamina le prerogative e, poi, la struttura (consigli della Corona, Gabinetto, ministeri, Tesoro, ammiragliato, altri uffici, impiego pubblico), i poteri normativi e i diritti dei cittadini. Poi, Anson passa ad esaminare i domini e le dipendenze della Corona, includendovi Scozia, Galles, Irlanda, governo locale, colonie, dominii, protettorati, mandati, ecc. Infine, passa ad esaminare l'entrata e la spesa dello Stato, la difesa, i rapporti con la Chiesa e l'amministrazione della giustizia.

Diverso il giudizio su « The English Constitution », del 1867 (132), scritto da un giornalista di talento, Walter Bagehot (1826-1877) e citato con molti apprezzamenti da Dicey. Anche uno sguardo rapido consente di notare che quest'opera così piena di perspicacia e di intelligenza, mentre fornisce un'immagine concreta del governo inglese dal vivo, non è mossa da preoccupazioni sistematiche, né intende abbracciare l'intera Costituzione. Il vero problema di Bagehot è di stabilire come è distribuito il potere. Per questo motivo, il suo libro comincia con il gabinetto, passa ad esaminare la Corona e le due camere, esamina i rapporti tra Parlamento e governo, e ritorna a parlare del gabinetto. A conclusione di questa analisi, Bagehot giunge alla ben nota conclusione che occorre distinguere le parti ornamentali, o teatrali, che servono soltanto a dare fiducia e senso dell'unità nazionale, da quelle effettive della Costituzione, che servono a governare, legiferare ed amministrare. La Corona e la « House of Lords » fanno parte delle prime. L'« House of Commons » fa parte delle seconde, anche se ha alcuni elementi propri delle prime. Essa non legifera né amministra, ma sceglie e controlla un ristretto numero di amministratori. Questi (il gabinetto) costituiscono il centro del sistema. Non è vero — scrive Bagehot — che i poteri sono divisi e che vi sono « checks and balances ». È vero, invece, che vi è una unione strettissima tra potere legislativo e potere esecutivo, che costituisce il segreto della Costituzione inglese, e si mantiene grazie al sistema dei partiti, al potere di dissoluzione del Parlamento, alla preminenza del primo ministro, alla responsabilità collettiva dei ministri e al principio del segreto sugli affari del gabinetto. Il problema del diritto applica-

(132) Ora London, Fontana, 1963; il volume era stato precedentemente pubblicato in forma di articoli separati.

bile all'amministrazione non viene neppure in evidenza. Anzi, al potere esecutivo in senso proprio, in quanto separato da quello governativo, Bagehot non fa che rapidi accenni, e solo per sottolineare che gli inglesi non amano l'esecutivo e che il loro impulso naturale è di resistere all'autorità. Mentre per il giurista Dicey garante ultimo della costituzione e della libertà è il sistema giudiziario, per Bagehot esso è il corpo politico.

Questa analisi non può terminare senza segnalare un singolare « errore » di Dicey: egli afferma che l'espressione « administrative law » è sconosciuta al diritto inglese. In realtà, essa è adoperata da John Austin (1790-1859) nelle « Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law » (133), che ne dà persino una definizione. E da Thomas Erskine Holland, in « The Elements of Jurisprudence » (134), il quale non solo definisce il diritto amministrativo come l'analisi dei modi in cui i diversi uffici dello Stato sono posti in azione, ma lo compara con il « Verwaltungsrecht », pur ammettendo che esso in Inghilterra non ha un coerente corpo di dottrine. E si noti che Dicey conosceva molto bene l'una e l'altra opera, perché sulla prima si era formato (135) e della seconda, scritta da un suo collega all'« All Souls », aveva recensito la prima edizione.

Lo stesso Maitland adopera l'espressione diritto amministrativo nell'opera citata (136), dove, però, dopo aver appena finito di esaminare il pensiero di Austin e di Holland, ed aver notato che è diventato sempre più importante il « subordinate government », aggiunge: « we shall look in vain for any such term as administrative law in our orthodox english text-books ».

Tiriamo le fila. Se il libro di Dicey rappresenta il precipitato di idee, sentimenti, pregiudizi correnti verso la metà dell'Ottocento, esso si distacca nettamente rispetto a tutte le opere contemporanee. Dicey è riuscito là dove gli altri hanno fallito. In primo luogo, sa ordinare la materia, selezionare i temi rilevanti, costruire un robusto

---

(133) Cit., I vol., p. 73.

(134) Oxford, Clarendon, 1880, p.107, 275, 279-282.

(135) R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — Albert Venn Dicey, Victorian Jurist,* University of North Carolina Press, 1980, p. 23-28.

(136) P. 535.

sistema di principii, trarne un insieme di corollari, spogliare gli argomenti degli elementi minori. In secondo luogo, ha un'attenzione comparativa che gli consente di comprendere i caratteri differenziali, di porli in luce, di analizzarli e, alla fine, di farli diventare parte integrante della « costruzione » alla quale attende. In terzo luogo, si rende conto della trasformazione del potere amministrativo, destinato a diventare un potere autonomo rispetto al governo. La linea che Dicey traccia a partire dalla sovranità parlamentare, verso il regno della legge, la sua puntigliosa difesa del potere parlamentare contro le prerogative dell'esecutivo, conducono diritto al riconoscimento di un corpo separato, ma sottoposto alla legge, l'amministrazione.

Nonostante i suoi pregiudizi e i suoi « errori », o, forse, a causa di questi, Dicey è un nostro contemporaneo: i suoi « errori » sono ormai chiari; le sue passioni superate; la sua costruzione datata. Ma tutti e tre questi elementi stanno ancora nel nostro orizzonte problematico.

6. *Ma Dicey aveva ragione? Le reazioni a Dicey. Pubblica amministrazione e diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana.*

Dicey — l'abbiamo notato — aveva avuto molte difficoltà ad intendere il « droit administratif ». Tali difficoltà nascevano dall'incompleta conoscenza delle istituzioni francesi, ma, principalmente, dalla mancanza di una prospettiva storica. Per cui egli, nel 1885, riteneva vigenti istituzioni alle quali, in modi diversi, avevano mosso le loro critiche, almeno trenta anni prima, Vivien e Tocqueville e che erano, nel frattempo, cambiate (137).

Ma ora interessa sapere se il rendiconto che egli faceva delle

(137) Sulla questione dell'interpretazione diceyiana del « droit administratif », in termini critici, Edmund M. PARKER, *State and Official Liability*, in *Harvard Law Review*, 1905-1906, vol. 19, p. 339 ss; I. JENNINGS, *Report on Ministers' Powers*, in *Public Administration*, 1932, vol. 10, p. 343; I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, Univ. of London Press, 1933, p. 232; a difesa di Dicey, F.H. LAWSON, *Dicey Revisited* I-II, in *Political Studies*, 1959, vol VII, n. 2 e n. 3, p. 116 ss.; si consideri, in particolare, che, contrariamente a quanto sosteneva Dicey, il giudice ordinario francese interveniva nei confronti dell'amministrazione pubblica sia quando i funzionari non agivano nella loro veste ufficiale, sia quando lo Stato operava nell'esercizio della sua capacità privata.

istituzioni inglesi era corretto, o se, invece, errori di prospettiva storica, cultura o passioni politiche lo portassero a sopravvalutare taluni aspetti a danno di altri o a tralasciarne altri ancora.

L'analisi che segue muoverà dalle reazioni a Dicey per, poi, passare ad un rapido esame dell'amministrazione e del diritto amministrativo, quali si presentavano in Inghilterra nel penultimo decennio del secolo scorso.

Le reazioni a Dicey non interessano tanto per uno studio della « fortuna » del nostro autore, quanto quali testimonianze di un diverso punto di vista. Di tali reazioni non interessano, qui, altri due aspetti. I critici di Dicey discussero, sulla sua scia, la questione della bontà comparativa dei due sistemi, quello inglese e quello francese. E si chiesero insistentemente se le conclusioni di Dicey fossero ancora valide. La prima questione era intrinsecamente falsa, perché accettava la rigida contrapposizione diceyiana tra « droit administratif » e « common law ». La seconda questione è legata ad un certo astoricismo della cultura legale inglese, che tende a rendere eterna l'autorità della dottrina, per cui, ancor oggi, a più di un secolo di distanza, dopo almeno uno o due cambiamenti della Costituzione inglese, si continua a verificare la corrispondenza dei « dicta » di Dicey al diritto positivo.

Le reazioni a Dicey, di cui parliamo, si collocano in tutta la prima metà del secolo, con una particolare enfasi negli anni Trenta. Per cui è singolare che Dicey, mentre, grazie alla traduzione francese del 1902, acquista popolarità ed autorevolezza sul continente, raggiungendo la sua massima diffusione negli anni Trenta, nella cultura anglosassone, su ambedue i lati dell'Oceano, proprio negli stessi anni, era oggetto delle critiche più dure. E solo pochissimi dei suoi estimatori continentali — come abbiamo visto all'inizio — conoscono le critiche di cui è fatto oggetto.

Le reazioni a Dicey vengono da due gruppi. Il primo, in ordine di tempo, è il gruppo degli studiosi americani. Il secondo è quello della « London School of Economics and Political Science ». Prima di considerare tali gruppi, va però menzionato nuovamente F.W. Maitland. Lo studioso di Cambridge, nelle sue lezioni su « The Constitutional History of England », tenute nel 1887-1888, due anni dopo l'apparizione di « Law of the Constitution », ma pubblicate postume, solo nel 1908, esprimeva un'opinione contraria a quella

che era diventata, nel frattempo, grazie all'influenza di Dicey, l'opinione ortodossa. Egli ammetteva tranquillamente che esistesse un diritto amministrativo in Inghilterra, criticava chi parlava ancora di poteri della Corona e affermava che occorreva riconoscere che i poteri esecutivi erano propri dei ministri e che sopravviveva un largo e, in qualche modo, indefinito potere esecutivo (la prerogativa) (138).

Al gruppo dei critici americani appartengono Frank J. Goodnow, Edmund M. Parker, Felix Frankfurter e James W. Garner. È il primo, un grande giurista ingiustamente dimenticato, autore di un poderoso « Comparative Administrative Law », che abbraccia amministrazione centrale e locale americana, inglese, francese e tedesca (139) ad aprire per primo il fuoco su Dicey. Egli dà a Dicey del visionario, perché afferma che Dicey non intendeva smentire l'esistenza di un diritto amministrativo nel senso continentale del termine, ma semplicemente la sua concezione del « droit administratif », che era, però, una concezione sbagliata. E aggiunge che l'incapacità di riconoscere l'esistenza del diritto amministrativo è dovuta solo ad un difetto di analisi. Un diritto amministrativo — aggiunge — non solo è sempre esistito in Inghilterra, ma ha esercitato sul sistema politico inglese una influenza ben maggiore di altri rami del diritto. Il termine diritto amministrativo, di origine francese recente, è ormai entrato nel vocabolario scientifico ed è accettato dai maggiori studiosi (140).

Se la critica di Goodnow era soltanto la premessa di un'ampia analisi che costituisce, nel suo insieme, una smentita delle tesi di Dicey, quella di Parker (141) è una violenta stroncatura delle principali tesi di Dicey, al quale viene imputato di non conoscere il diritto del suo paese e di aver volutamente esposto tesi erronee e contraddittorie. Gli farà eco, trenta anni dopo, Frankfurter (142), secondo il quale le tesi di Dicey sono l'esempio di un errore sociologico e scientifico che sopravvive attraverso la bellezza dello stile e il ri-

---

(138) Cambridge Univ. Press, 1908, p. 415-421.

(139) Putnam, New York, I ed. 1893; II ed. 1902.

(140) F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 6-7.

(141) *State and Official Liability*, in *Harvard Law Review*, 1905-1906, vol. 19, p. 335 ss.

(142) « Foreword » a *Courts and Administrative law — The Experience of English Housing Legislation*, in *Harvard Law Review*, 1935-1936, vol. 49, p. 426.

chiamo estetico di generalizzazioni magnifiche e semplici, allo stesso tempo. Segue Garner (143), secondo il quale Dicey aveva esagerato la differenza tra i due sistemi, quello francese e quello inglese; le sue conclusioni — aggiunge — sono fondate su conoscenze insufficienti e su una falsa concezione delle vere caratteristiche della giustizia amministrativa francese. E conclude rovesciando il paragone di Dicey e sostenendo che il sistema anglosassone ha più difetti di quello francese.

Il secondo gruppo è quello londinese, costituito, in prevalenza, da laburisti che sono a stretto contatto e le cui opere costituiscono uno stimolo reciproco (144): Harold J. Laski (1893-1950), G.H. Morgan, Ivor Jennings (1903-1965), William A. Robson (1895-1980).

Il primo a criticare Dicey è uno degli ultimi suoi allievi oxoniensi, Laski, il quale, in un articolo giovanile su « The responsibility of the State in England » (145), fa il controcanto a Dicey e mostra quanto migliore sia il sistema francese rispetto al principio della irresponsabilità della Corona inglese. Poi, in un libro dello stesso anno su « Authority in the Modern State » (146), afferma di dover molto a Dicey, nonostante o, forse, proprio a causa della diversità dei punti di vista, e critica l'irresponsabilità dello Stato come un privilegio dello Stato inglese, che quello francese non ha. L'autore ritornerà, in modo più sistematico, sulle tesi di Dicey nell'articolo su « Le règne de la loi en Angleterre » (147), in cui sostiene che lo stato delle cose in Inghilterra è insostenibile, e richiede una riforma.

Tra il 1925 e il 1933 le critiche a Dicey divengono più frequenti, specialmente in corrispondenza con la pubblicazione del violento scritto contro il diritto amministrativo di Lord Hewart of Bury,

---

(143) *La justice administrative en France et aux Etats-Unis*, Institut des Etudes americaines, Paris, 1938, p. 7.

(144) Come sostiene W.A. ROBSON, nella biografia di Jennings, in *Dictionary of National Biography 1961-1970*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1981, « ad vocem ».

(145) In *Harvard Law Review*, 1919, vol. 32, March, n. 5, p. 447 ss., poi ripubblicato in un volume dello stesso autore su *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, London, Allen and Unwin, 1919, p. 103 ss.

(146) New Haven, Yale Univ. Press, p. IX e p. 99 e 119.

(147) In *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1930, Paris, Presses Universitarires, p. 711 ss.

« The New Despotism » (che contrapponeva con forza ancor maggiore di Dicey il regno della legge al diritto amministrativo, affermando persino con soddisfazione che in Inghilterra non c'era un nome per esso) (148) e con l'inizio e le conclusioni (rispettivamente, 1929 e 1932) del « Donoughmore Committee on Ministers' Powers » (149). Un professore della scuola londinese, J.H.Morgan, in una lunghissima introduzione, su « Remedy against the Crown », a un saggio di un suo allievo (150), critica Dicey e il principio dell'immunità della Corona e sostiene che il diritto pubblico è penetrato in Inghilterra negli interstizi del diritto privato. Un altro professore della stessa scuola, il Robson, influenzato dai Webb e legato alla « Fabian Society », dedica, nel 1928, un libro a « Justice and Administrative Law — A Study of The British Constitution » (151), in cui illustra la crescita di organi amministrativi semicontenziosi (« administrative tribunals ») e propugna l'introduzione in Inghilterra di un sistema di giustizia amministrativa. Nel 1929, un allievo di Laski, Frederik J. Port, si cimenta, per la prima volta, col compito di produrre un'analisi complessiva dell'« Administrative Law » inglese (152), comparato con quello francese e quello americano, e spezza anche lui una lancia a favore della introduzione di giudici amministrativi. Nel 1932, sia Jennings, sia Robson commentano le conclusioni del « Donoughmore Committee » (153) e colgono l'occasione per passare in rassegna tutti i lati deboli della costruzione diceyiana del regno della legge e ripresentare la proposta di introduzione di un sistema di giustizia amministrativa in Inghilterra. Questa fase si chiude con il libro di Jennings, che fin dal titolo (« The Law and the Constitution »), ricorda Dicey (154).

---

(148) London, Benn, 1929.

(149) *Report*, London, HMSO, 1932, Cmnd 4060; si noti che Laski fece parte della Commissione e che Robson vi presentò un contributo.

(150) Gleeson E. ROBINSON, *Public Authorities and Legal Liability*, London, Univ. of London Press, 1925, p. V-CX.

(151) London, Stevens, II ediz. 1947.

(152) London, Longmans Green, 1929.

(153) Del primo, *The Report on Ministers' Powers*, in *Public Administration*, 1932, vol. 10, p. 333 ss.; del secondo, *The Report of the Committee on Ministers Powers*, in *Political Quarterly*, 1932, vol. 3, p. 346 ss.

(154) London, Univ. of London Press, 1933; V e definitiva ediz. del 1959.

Tutti gli studiosi citati non si limitarono a criticare le valutazioni e le proposte di Dicey. Essi misero in discussione anche la sua interpretazione della realtà del diritto del suo tempo, e persino la sua capacità di comprenderla.

Non sempre, però, i critici colsero nel segno. Nel desiderio di dichiarare chiusa l'età di Dicey, non considerarono con cura gli argomenti (155) e posero a carico di Dicey anche argomenti che egli aveva considerato, distinguendo e rispondendo, come al suo solito.

Due, principalmente, i punti deboli dei critici. Da una parte, essi sostengono che la tesi di Dicey cozza contro l'evidente aumento dei poteri della pubblica amministrazione. Ma Dicey aveva considerato questo argomento, rispondendo che non importa che i poteri siano più o meno; essi possono aumentare o diminuire; ciò che conta è che vengano esercitati secondo i principi dell'« ordinary common law » (156). Anzi, va osservato, a difesa di Dicey, che egli aveva colto lo sviluppo in termini quantitativi delle funzioni statali a partire dal 1834, nel « Law of the Constitution » (ad esempio, nei passaggi nei quali fa riferimento alla legislazione sul lavoro nelle industrie e sul trasporto passaggeri per nave), e ancor più nel « Law and Public Opinion », mentre i suoi oppositori registrano solo la continuazione del fenomeno nel periodo 1880-1930.

I critici imputano, poi, a Dicey di non aver considerato che il principio per cui « the King can do no wrong » conferisce un privilegio all'esecutivo, un privilegio ancor peggiore di quelli dell'amministrazione francese. Si tratta di un argomento che qui non interessa, perché attiene alla comparazione dello sviluppo dei due sistemi, mentre qui ci si chiede se Dicey dava un resoconto corretto del diritto inglese del suo tempo. Ma può essere egualmente interessante notare che Dicey aveva già rovesciato l'argomento dei suoi critici, notando che il diritto di ottenere il risarcimento del danno compiuto dai dipendenti pubblici a carico dello Stato (considerato dai suoi critici un modo più effettivo di risarcire il danno) costitutiva una ulteriore forma di protezione per i dipendenti (157).

---

(155) Quando non si sbagliarono persino sulla datazione dell'opera di Dicey, come ROBSON, nel volume su *Justice and Administrative Law*, p. 26 della edizione del 1947.

(156) *Law of the Constitution*, cit., p. 387.

(157) *Law of the Constitution*, cit., p. 404.

Ma Dicey non sfugge ad almeno tre critiche. La prima è quella di non aver considerato che l'allargamento dei compiti statali aveva prodotto l'attribuzione all'amministrazione pubblica di poteri speciali, e talora anche di regole procedurali, diversi da quelli che si applicano tra privati. Non trovano equivalenti nel diritto privato i poteri di espropriare, di dichiarare un bene contrario alle prescrizioni sanitarie, di consentire di costruire nella proprietà privata solo entro un certo limite, di obbligare a pavimentare una strada privata, di raccogliere imposte, ecc. Vi è, quindi, — sostengono i critici di Dicey — un corpo di leggi che conferisce all'amministrazione non solo compiti nuovi e molto più ampi, che comportano scelte discrezionali, ma anche un insieme di poteri speciali, che sono attribuiti all'amministrazione e non ai privati e che costituiscono il fondamento di un diritto, il diritto pubblico, diverso da quello privato.

In secondo luogo, viene addebitato a Dicey di non aver considerato che l'immunità della Corona, con l'allargamento delle funzioni, acquista un peso nuovo. Essa va a coprire una moltitudine di peccati. I dipendenti sono vittime vicarie di uno Stato che si nasconde dietro una prerogativa. A loro volta, i privati che sono stati danneggiati trovano ben poca soddisfazione nel proporre azione per risarcimento del danno contro dipendenti pubblici che sono impiegati e non — come una volta — funzionari onorari, volontari e con ricchi patrimoni. Il « Petition of Right » costituisce una mitigazione molto approssimativa di questo stato di cose. Da un lato, infatti, esso è solo un ricorso amministrativo all'« Home Secretary », che decide, sentito l'« Attorney-General », se l'azione di risarcimento può essere proposta al giudice. Dall'altro, esso è ammesso solo per i casi di responsabilità contrattuale.

Inoltre, come può affermarsi che privati e pubblica amministrazione sono posti su uno stesso piano, se un privato che abbia ricevuto danno da un altro privato può proporre azione di risarcimento sia nei confronti di chi ha prodotto il danno, sia nei confronti del suo datore di lavoro, o del proprietario del bene col quale il danno è stato prodotto, mentre un privato che abbia ricevuto un danno da un funzionario pubblico può rivalersi solo nei confronti di quest'ultimo?

In terzo luogo, Dicey viene criticato per non aver notato o per non aver messo in risalto una serie di differenze nel trattamento riservato all'amministrazione nei confronti del privato. Si tratta del

« Public Authorities Protection Act » del 1893, che stabilisce un termine di sei mesi per l'azione nei confronti della pubblica amministrazione e penalizza chi, avendo ricorso, è rimasto soccombente. Ma, principalmente, di una ipotesi non considerata da Dicey, preoccupato della immunità o sottrazione stabile e permanente dei funzionari al controllo dei giudici: quella dell'esclusione dell'impugnativa, limitata a taluni atti. Ora, i critici ricordavano che vi erano leggi, come quelle sulla polizia, sul fisco, sul trasporto navale di merci e sui poveri, che dichiaravano gli atti amministrativi « final and conclusive as to the rights of the parties », conferendo, così, all'amministrazione pubblica, poteri senza possibilità di impugnazione. A queste leggi si aggiungeva la prassi giudiziaria, che, per il rispetto di antiche dottrine, come quella della « nonfeasance » (per cui l'autorità pubblica non è responsabile per danni in caso di sua inerzia), o per riguardo alle funzioni amministrative maggiori (quelle, ad esempio, dei ministri, i cui atti non venivano sottoposti a sindacato giudiziario quando questo impedisse lo svolgimento degli affari pubblici), o per rispetto a direttive pubbliche, considerate legittime (come nel caso del funzionario che abbia seguito istruzioni legittime « on their face », che non viene, così, chiamato a rispondere personalmente per danni) escludeva intere categorie di atti amministrativi dal controllo giudiziario.

I critici di Dicey giungevano, quindi, alla conclusione che esisteva già nell'ultima parte dell'Ottocento un corpo di diritto che metteva la pubblica amministrazione in una posizione speciale, a danno dei cittadini. Che questo diritto amministrativo non sempre finiva davanti ai giudici, essendo il loro controllo precluso. E che, di conseguenza, il problema non era se esistesse o meno un diritto amministrativo, ma se si riuscisse a padroneggiarlo in tutta la sua estensione. Cadevano, così, i due fondamenti su cui Dicey aveva costruito l'opposizione « droit administratif » - « Rule of Law »: eguaglianza dei privati e della pubblica amministrazione e controllo dei giudici ordinari.

Abbiamo esaminato finora l'amministrazione pubblica e il diritto amministrativo del penultimo decennio del secolo scorso con gli occhiali dei critici americani ed inglesi di Dicey, che scrivevano nei primi quattro decenni di questo secolo (158).

---

(158) Altre critiche Dicey ebbe a cavallo della seconda guerra mondiale, sia negli

Anch'essi, però, potevano sbagliarsi, nel valutare la situazione di un quindicennio o un trentennio prima e nel concludere che Dicey aveva sbagliato. Per cui conviene, ora, passare in esame alcuni punti significativi dell'amministrazione vittoriana, per fare una verifica diretta. S'intende che quella che segue non vuol essere un'analisi dell'amministrazione pubblica o una sintesi del diritto amministrativo dell'Inghilterra della seconda metà del XIX secolo, bensì solo un accertamento su alcuni indicatori significativi per la verifica del ragionamento di Dicey. Questi indicatori possono essere raggruppati in tre categorie: organizzazione e posizione costituzionale delle amministrazioni pubbliche dell'Inghilterra vittoriana; poteri di tali amministrazioni e modi in cui vengono esercitati; estensione del sindacato giudiziario su tali amministrazioni.

L'Inghilterra aveva, nel 1832, poco più di ventimila impiegati in uffici pubblici. Essi diventeranno circa quarantamila nel 1851 e possono esser stimati in più di centomila nel 1871 (159). Che cosa è accaduto in questo arco di tempo e perché? Incatenati al loro lavoro, che consiste nel trascinare piccoli veicoli carichi di carbone attraverso stretti passaggi sotterranei, nei quali sono costretti a camminare sulle mani e sulle ginocchia, con i vestiti inzuppati d'acqua, bambini anche di otto anni lavorano nelle miniere per tredici, quattordici e talora anche quindici ore al giorno: così li descrive nel 1842 il vescovo di Norwich (160). L'emigrazione, che portò circa

---

Stati Uniti, sia in Inghilterra: F. FRANKFURTER, *Foreword*, in *Discussion of Current Developments in Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 1938, vol. 47, p. 515; C. T. CARR, *Concerning English Administrative Law*, London, Oxford Univ. Press, 1941, p. 22 e 124 ss.; M.A. SIEGHART, *Government by Decree — A Comparative Study of the History of the Ordinance in English and French Law*, London, Stevens, 1950, p. XI, 52, 69, 145, 244, 313; W.A. ROBSON, *Administrative Law in England, 1919-1948*, in VV.AA., *British Government since 1918*, London, Allen and Unwin, 1950, p. 85 ss.; W.A. ROBSON, *Administrative Law*, in M. GINSBERG (a cura di), *Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, Stevens, 1959, p. 193. Seguiranno, nel 1985-1986, le cinque raccolte di scritti destinate a ricordare il centenario della pubblicazione di *Law of the Constitution*, già citate.

(159) N. CHESTER, *The English Administrative System 1780-1870*, Oxford, Clarendon, 1981, p. 167-168.

(160) Cit. in O. MAC DONAGH, *Coal Mines Regulation: the First Decade: 1842-1852,* in R. ROBSON, a cura di, *Ideas and Institutions of Victorian Britain*, London, Bell, 1967, p. 59; altri dati sulle terribili condizioni di lavoro e sullo sfruttamento dei minori in O.

sette milioni di irlandesi e di inglesi negli Stati Uniti nell'Ottocento, e specialmente negli anni dal 1830 al 1872, si svolgeva in condizioni penose: l'emigrante, per lo più poco istruito, veniva privato dei suoi averi con raggiri e caricato su navi prive di ogni conforto, senza cibo, senza servizi igienici, con pochissimo spazio, sovraffollate.

Per far fronte a problemi sociali di questo tipo, con apposite leggi, nel periodo tra il 1833 (dopo il primo allargamento del suffragio) e la fine del secolo, vennero istituiti circa venti uffici pubblici centrali, per lo più con diramazioni periferiche, chiamati Ispettorati o Commissioni: per l'industria (1833), per il commercio (1835), per le ferrovie (1840), per l'educazione (1840), per le miniere (1842), per la sanità (1848), per la marina mercantile (1848), per la sicurezza delle navi (1854), per la polizia (1856), per il gas (1859), per gli alkali (1863), per gli esplosivi (1875), per il controllo degli edifici (1875), per la protezione degli animali (1876), per gli scarichi nei fiumi (1876), per le piante ed i semi (1877), per la sicurezza degli impianti elettrici (1882), per l'approvvigionamento alimentare delle navi (1892); Commissioni vennero istituite in settori quali le opere pubbliche, le fogne, le « enclosures », ecc. (161).

Questi uffici (che non esaurivano certo l'organizzazione amministrativa dell'epoca (162), ma ne costituivano la novità più importante) non vennero istituiti secondo un modello uniforme, per cui non si può dire che si rassomigliassero. Tuttavia, essi avevano in

---

MAC DONAGH, *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, p. 30-31, 71, 93.

(161) Le commissioni non sopravvissero e trovarono nuova fortuna negli Stati Uniti, a partire dalla fine del secolo scorso; un quadro attuale degli ispettorati, che, invece, hanno continuato ad operare, con indicazione delle origine storiche, in G. RHODES, *Inspectorates in British Government — Law Enforcement and Standards of Efficiency*, London, Allen and Unwin, 1981; sull'importanza di uno di questi corpi per lo sviluppo del governo e dell'amministrazione, H. PARRIS, *Government and the Railways in Nineteenth Century Britain*, London, Routledge and Kegan, 1965, p. 202 ss.; si noti che leggi per alleviare problemi sociali non meno importanti erano state adottate, in precedenza, ma senza dotarle di uffici chiamati ad amministrarle: ad esempio, quella del 1788 sui « climbing boys » o spazzacamini, quella del 1802 sul lavoro minorile nell'industria tessile, quella del 1807 sul commercio del carbone nel porto di Londra.

(162) Un quadro completo in D. ROBERTS, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale Univ. Press, 1960, p. 12 e seguenti e in N. CHESTER, *The English Administrative System*, cit., p. 221 ss.

comune una caratteristica: di non essere inquadrati in un apparato ministeriale centrale e di non dipendere da un ministro — anche se, in momenti diversi, quasi tutti hanno finito per essere assorbiti in una struttura ministeriale —. Oltre ad essere organismi semindipendenti dal governo, questi organismi non avevano neppure un chiaro rapporto col Parlamento: istituiti da quest'ultimo, non si poteva dire che fossero responsabili verso di esso, anche se rispondevano ad esso (163). Insomma, questi nuovi uffici erano, in qualche modo, terra di nessuno. Ciò che si spiega col tentativo di tenerli lontani dalla politica e dai partiti (164).

Ispettorati e Commissioni non avevano sempre propri uffici territoriali, per cui dovevano valersi di quelli degli enti locali (per esempio, la « Poor Law Commission » si valeva dei « Local Boards of Guardians »). Questa scelta fu, in certo modo, voluta, per il tradizionale rispetto del « local government » e per timore dell'organizzazione di tipo napoleonico (165). Ciò complicava l'attività degli organi centrali, i quali non erano sicuri dell'attuazione delle loro decisioni.

Peraltro, quando questo accadeva, gli organi centrali avevano la possibilità di giudicare ricorsi contro le decisioni degli uffici periferici, nei confronti dei quali, quindi, operavano quasi come giudici (si consideri che, nel 1833, dei diversi uffici centrali solo le Corti reali avevano un controllo sul governo locale, in quanto giudici di pace e amministratori locali erano responsabili rispetto ad esse (166)). Questo potere di decisione produceva due effetti. Da una parte, portava a una certa centralizzazione, in quanto gli uffici periferici sapevano di doversi attenere alle decisioni centrali; in caso di difformità, infatti, potevano intervenire gli uffici centrali, sia pure in funzione di controllo su ricorso. Dall'altra, dava un motivo in più per quella esclusione dell'impugnativa giurisdizionale che vedremo tra poco, in

(163) O. Mac Donagh, *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, p. 107.

(164) D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*, cit., p. 133.

(165) O. Mac Donagh, *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, p. 108.

(166) D. Roberts, *Victorian Origins of the Welfare State*, cit., p. 17.

quanto si poteva ragionevolmente dire che vi era stato un riesame della questione, sia pur non in sede giurisdizionale (167).

Questi uffici erano dotati di una ricca panoplia di poteri: di ispezione, di inchiesta, di ordinare l'esibizione di documenti e la comparizione di testimoni, di verificare il rispetto di « standards », di dare e revocare autorizzazioni, di erogare finanziamenti, di dare prestiti, di proibizione, di ingiunzione, di ammonizione, di annullamento di atti, di risolvere conflitti tra amministrazioni locali, ecc. In alcuni casi di fatto, in altri in base alla legge istitutiva, questi uffici potevano anche determinare « standards » o adottare atti amministrativi generali, come i « Requirements » del « Board of Trade » (168).

Si può, quindi, condividere la tesi che esistesse già, quando Dicey scriveva, una macchina con una ricca tecnologia amministrativa (169). Questa tecnologia si era sviluppata in maniera irregolare, in un processo di tentativi successivi, e senza particolari connessioni da settore a settore. Ma, nel complesso, si era radicata in un arco di tempo relativamente ristretto, sotto la pressione delle circostanze. Si pensi, per fare solo un esempio, alle frequenti evasioni e agli altrettanti frequenti aggiramenti dell'obbligo di esibire un certificato di nascita (170), per controllare l'uso di manodopera giovanile nelle industrie; ciò costrinse gli ispettori a ricorrere ad ispezioni personali dei giovani, per le quali, alla fine, si fece ricorso alla verifica dello sviluppo dei denti come mezzo per accertare l'età (171).

A questi nuovi uffici pubblici, però, era, in generale, impedito di eseguire coattivamente le decisioni, in caso di mancato adempimento volontario, o di irrogare sanzioni (172). In alcune ipotesi, ma

---

(167) W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, cit., p. 324-325 e 329.

(168) H. Parris, *Constitutional Bureaucracy*, cit., p. 194.

(169) H.W. Arthurs, *Without the Law — Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1985; dello stesso autore, *Rethinking Administrative Law: a Slightly Dicey Business*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1979, vol. 17, n. 1, p. 1 ss.: in questo scritto, in particolare, una critica della « rule of law » e delle molte contraddizioni di Dicey in proposito (si veda, in particolare, p. 17).

(170) Gli atti di stato civile, prima tenuti dalla Chiesa, solo dal 1837 passano alle autorità pubbliche.

(171) Si veda l'ottimo, ma spesso dimenticato studio di Maurice Walton Thomas, *The Early Factory Legislation — A Study in Legislative and Administrative Evolution*, Thames Bank, Leigh-on-sea, 1948, p. 127.

(172) Su questo aspetto, illustrato come un principio generale del diritto inglese,

per brevi periodi di tempo (ad esempio, gli ispettori previsti dal « Factory Act » del 1833, ma solo fino al 1844 (173)), le leggi istitutive riconobbero un tale potere, sia pur ricorrendo all'artificio di attribuire poteri di « magistrates » ai titolari degli uffici. In altri casi, come quello della legislazione sui poveri, i proponenti — ad esempio, Edwin Chadwick, che sarà, come vedremo, anche sostenitore della esclusione delle decisioni degli ispettori dal sindacato giudiziario — sostennero che gli ispettori dovessero avere poteri giudiziari di esecuzione; ma la proposta venne respinta in sede parlamentare. Il Parlamento fu particolarmente parco nell'attribuire poteri generali di esecuzione agli ispettori e ai commissari (174). Di regola, gli ispettori avevano due strade per costringere i privati ad eseguire o per fare eseguire con l'ausilio della forza pubblica: o rimettersi ad arbitri, o rivolgersi ai « magistrates » (175). Poiché questi ultimi erano, di regola, riluttanti a dare esecuzione alle decisioni amministrative, gli ispettori o commissari utilizzarono con particolare ampiezza il potere di dare consigli, di guidare, di verificare, per orientare, stimolare, correggere i privati sottoposti al controllo. La macchina amministrativa posta in essere nell'Inghilterra vittoriana mancava, quindi, di un efficace strumento di attuazione, nel senso del potere di costringere privati ad eseguire, ed era fondata su una immensa fiducia nella forza della conoscenza, del consiglio e della persuasione (176).

Si può dire che questi uffici fossero completamente sottoposti al

---

con eccezioni antiche in materia fiscale e recenti in materia sanitaria, F.H. Lawson, *Dicey Revisited*, cit., p. 217; F.J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 124 illustra l'origine storica della « judicial execution », contrapponendola alla « administrative execution », col fatto che, in origine, funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali erano unite nei « justices of peace »; successivamente, questi perdono le funzioni amministrative — ma non tutte —, senza, però, perdere quella di « execution ».

(173) P.W.J. Bartrip and P.T. Fenn, *The Administration of Safety: the Enforcement Policy of the Early Inspectorate 1844-1864*, in *Public Administration*, 1980, vol. 58, spring, p. 88.

(174) D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*, cit., p. 114.

(175) Una illustrazione delle difficoltà dell'« enforcement » in O. Mac Donagh, *A Pattern of Government Growth 1800-1860. The Passenger Acts and their Enforcement*, London, Macgibbon, 1961, p. 95, 149-150, 159.

(176) D. Roberts, *Victorian Origins of the Welfare State*, cit., p. 106-107; H.W. Arthurs, *Without the Law*, cit., p. 103 ss.

sindacato del giudice ordinario? Va, innanzitutto, rilevato che, se la loro attività si svolgeva — come abbiamo appena visto — prevalentemente attraverso un'attività esortativa, il problema di una difesa giudiziale non si poneva neppure: l'applicazione, da parte dei privati, era volontaria.

In secondo luogo, anche in Inghilterra esistevano alcuni esempi di immunità, che trovavano la loro fonte nella legge (si pensi all'immunità giudiziaria dei « customs and excise officers ») o negli atteggiamenti dei giudici. A quest'ultimo proposito, singolare il caso dei « Poor Law Guardians ». Questi erano organi locali, con funzionari onorari, posti sotto il controllo dei « Poor Law Commissioners ». Essi dovevano, sotto la direzione dell'ufficio nazionale, nominare persone incaricate di servizi: ad esempio, la gestione di ospedali per i poveri. Ora, la giurisprudenza li riteneva non responsabili per atti delle persone da essi nominate, perché sottoposti a direttiva da parte di un organo pubblico nazionale. Particolarmente eloquente la decisione « Brennan v. The Guardians of the Poor of the Limerick Union » (1878), nella quale il giudice spiegò il rifiuto di accogliere l'azione proposta motivando espressamente nel senso che, in tal modo, si sarebbe messo in pericolo il funzionamento dell'intera legge. Se tutte le vere o supposte omissioni dei funzionari, da quelle relative alle condizioni sanitarie a quelle relative al cibo, a quelle relative ai vestiti, venissero portate davanti ai giudici, diverrebbe difficile se non impraticabile amministrare la legge, scrisse la Corte. Dunque, i giudici stessi erano tutt'altro che insensibili all'argomento di far funzionare l'amministrazione, senza intervenire continuamente. Ciò che ricorda molto il dettato costituzionale francese che fa divieto ai giudici di turbare il funzionamento dell'amministrazione (177).

In terzo luogo — come notato dai critici di Dicey — la legislazione seguiva un sistema meno visibile e più sottile di quello dell'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII, tanto criticato da Dicey: invece di dare l'immunità (sia pur non assoluta, in quanto sottoposta all'autorizzazione del Consiglio di Stato) ai dipendenti, si faceva uso della « privative clause », che escludeva l'impugnabi-

(177) Questo e altri casi, con commenti, in G.E. ROBINSON, *Public Authorities and Legal Liability*, cit., p. 45 ss. e p. XLVII dell'introduzione di Morgan.

lità di particolari categorie di atti amministrativi in sede giurisdizionale.

Questa vicenda merita di essere esaminata più da vicino, perché va al cuore del problema posto da Dicey. Infatti, se la generale sottoposizione all'« ordinary common law » attraverso i giudici era, poi, esclusa attraverso la esclusione degli atti di alcune autorità pubbliche dall'impugnazione, non si realizzava, in Inghilterra, nessuna delle due condizioni indicate da Dicey, quella della eguaglianza dei privati e dei poteri pubblici e quella della eguale sottoposizione degli uni e degli altri ai giudici ordinari. Di più: con l' esclusione di particolari categorie di atti dall'impugnazione si presentava, in Inghilterra, un aspetto tipico del diritto amministrativo autoritario, noto in Francia e in Italia.

In Inghilterra, la vicenda non è semplice. Innanzitutto, essa non è unitaria: vi sono tante storie quanti sono gli uffici pubblici. In secondo luogo, i tentativi di preclusione dell'impugnazione, operati per legge, si infrangono, spesso, contro l'opposizione dei giudici stessi, i quali disattendono il dettato legislativo (178).

Quel che si può dire con sufficiente certezza è che i promotori della legislazione vittoriana che condurrà alla « revolution in government » del XIX secolo (179) erano preoccupati per gli impedimenti che i giudici potevano creare all'attuazione delle leggi. Da un lato, si temeva l'atteggiamento dei « justices of peace », troppo spesso favorevole agli interessi dei proprietari, la cui attività doveva essere limitata dall'amministrazione (ad esempio, proprietari di miniere o armatori). Dall'altro, si temeva la lentezza della giustizia delle Corti, il suo legalismo, il suo costo. Per questi motivi, ben noti a qualunque giurista continentale, Chadwick, l'allievo di Bentham che si può dire sia all'origine di gran parte della legislazione protettiva di cui stiamo parlando (180), cercava di precludere l'intervento dei giudici spiegando che questi avrebbero potuto rendere inefficaci intere leggi per

(178) Con riferimento al XIX secolo, S.A. de SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens, I ediz., 1959, p. 230.

(179) Come noto, l'espressione risale a O. MAC DONAGH; dello stesso autore, *A Pattern of Government Growth*, cit., p. 320 e *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977.

(180) Egli, in particolare, dette forma alla legislazione sui poveri, sul lavoro nelle industrie e in materia sanitaria.

minute ragioni tecniche; che essi erano poco informati dei problemi sociali e politici che davano luogo alle leggi; che erano, di regola, interessati a controversie tra singoli individui, non a controversie in cui erano involte intere categorie di individui; che non potevano valutare gli effetti remoti della loro azione (181).

Leggi importanti, come i « Passenger Acts » del 1803, 1828, 1835, il « Factory Act » del 1825 (e, poi, quelli del 1831 e del 1833), il « Mines Act » del 1842, il « Poor Law » del 1834, l'« Inclosure Act » del 1846, il « Merchant Shipping Act » del 1894, limitavano o escludevano, in vario modo, la possibilità di proporre ricorsi contro le decisioni amministrative (182). Ma anche altri complessi legislativi, più stabili e con un ambito di applicazione più vasto, disponevano limitazioni all'impugnativa: ad esempio, quello fiscale (183).

Come può essere spiegata questa sottrazione di categorie di atti al controllo dei giudici? Una spiegazione offerta in passato è che alle autorità amministrative veniva attribuito un « judicial power » (184). Un'altra spiegazione appare più convincente. Il Parlamento inglese, nel lungo conflitto che l'aveva visto opporsi alla Corona, aveva trovato un alleato nelle Corti. Di qui la sottoposizione dei dipendenti della Corona — nell'impossibilità di sottoporvi la Corona stessa — alla giurisdizione delle Corti. Ma, con la legislazione parlamentare istitutiva degli Ispettorati e delle Commissioni, la situazione, in certo senso, si rovescia. Questi uffici sono istituiti dal Parlamento stesso e possono essere chiamati a riferire ad esso (anche se, di fatto, il controllo parlamentare è molto limitato). Non dipendono strettamente dall'esecutivo. A questo punto, non c'è più bisogno di assicurarsi il controllo giudiziario. Anzi, semmai, c'è bisogno di evitarlo, perché l'attività voluta dal Parlamento si svolga senza interferenze esterne. Dicey, in questo senso, era fuori del tempo. Lui che, in « Law and Public Opinion », farà la prima analisi della crescita della legislazione « collettivista », che condurrà a quella che sarà chiamata la rivoluzione amministrativa dell'Otto-

(181) H. Parris, *Constitutional Bureaucracy — The Development of British Central Administration since the Eighteenth Century*, London, Allen and Unwin, 1969, p. 188.

(182) H.W. Arthurs, *Without the Law*, cit., p. 146 ss.

(183) H.W. Arthurs, p. 146.

(184) F.J. Port, *op. cit.*, p. 202 ss.

cento, era rimasto fermo, da questo punto di vista, alla situazione precedente all'allargamento del suffragio, agli anni prima del 1833.

Ciò spiega anche perché il Parlamento non fece una scelta precisa e lasciò gli Ispettorati e le Commissioni in una posizione ambigua sia organizzativamente, sia funzionalmente. Organizzativamente, perché non ne era chiaro l'inquadramento: erano strumenti esecutivi, ma non sottoposti, almeno inizialmente, ai ministri, e con un obbligo di riferire al Parlamento. Funzionalmente, perché non ne era definita l'attività, né era chiaramente indicato il modo in cui potevano dare esecuzione alle decisioni. Con la conseguenza che l'attività amministrativa generale degli Ispettorati e delle Commissioni era definita « quasi legislative » e quella amministrativa singolare « quasi judicial ». Non va dimenticato che tutto questo avviene in un'epoca in cui il Parlamento stesso svolgeva una attività amministrativa diretta, proprio per il tradizionale sospetto nutrito nei confronti dell'esecutivo (ad esempio, per mezzo di « Private Bills », era esso che decideva quali terreni espropriare per la costruzione di linee ferroviarie o per quali terreni si poteva provvedere alla « enclosure ») E in un'epoca in cui le funzioni locali erano dominate dai « justices of peace » e da organi misti, composti sia da « justices of peace » (chiamati anche, a partire dall'Ottocento, « magistrates »), sia da amministratori locali. Dunque, l'amministrazione o attività esecutiva è un campo ancora incerto, invaso da forze politiche più potenti, quale il potere legislativo e quello che possiamo definire giudiziario in senso largo.

Infine, va considerato un ultimo aspetto della sottoposizione dell'amministrazione ai giudici. Dicey considera sempre il problema della responsabilità per danni (« tort »), alla quale si ricorreva anche per ottenere un risarcimento minimo (« nominal »), allo scopo di ottenere una declaratoria di illegittimità. Ma lo strumento diretto resta sempre quello dell'annullamento, che è cosa diversa, come egli stesso avrà modo di notare nelle sue note non pubblicate: un aspetto apprezzabile del sistema francese è che una persona può « get administrative or official acts annulled which are « ultra vires » even where they have not caused him actual pecuniary damage. As far as I can discover no similar power exists under English law. If for example, the Home Office were to issue an order or notice which was « ultra vires » i.e. which went beyond any right possessed by the Secretary of State either in virtue of the prerogative of the Crown, or

under a statute, any man might, if he chose to risk doing so, treat the notice as a nullity. But there does not appear to be any way in which he could get it withdrawn or nullified (it is in several ways a defect of English law that it affords very little means of testing the legality of any one's action until actual damage has been caused by it) » (185).

Una spiegazione del fatto che Dicey non abbia tenuto conto dei « prerogative writs », con l'unica eccezione dell'« habeas corpus », mentre si concentra sulla responsabilità personale per danni dei dipendenti pubblici, starebbe nell'idea di Dicey che la responsabilità personale era importante per prevenire, come un deterrente, la commissione di illegittimità (186).

Un'altra possibile spiegazione sta nel fatto che i « prerogative writs » — ci si riferisce qui, in particolare, a « certiorari » e « prohibition » — prima limitati a corpi giurisdizionali, solo dal 1832 cominciarono ad essere applicati a corpi amministrativi. Questo allargamento fu provocato dal fatto che, come abbiamo visto, a partire da quegli anni, funzioni amministrative prima svolte dai « justices of peace » cominciarono ad essere svolte da organi amministrativi « ad hoc ». E i giudici allargarono lentamente l'applicazione dei due « writs » a tali organi. Ma questo processo avvenne lentamente. Per spiegare il passaggio, i giudici dovettero sostenere che non era importante la natura del soggetto, ma quella dell'atto. Per cui anche atti adottati da autorità amministrative, purché avessero carattere giurisdizionale — secondo la terminologia una volta corrente in Italia, avessero carattere sostanzialmente giurisdizionale —, potevano essere sottoposti ai due « writs ». La tesi rimase a lungo controversa e solo nel 1882 i dubbi furono sciolti (187). Ma questa era una tesi troppo recente perché Dicey potesse tenerne conto.

La « judicial review », poi, se dobbiamo seguire osservatori della prima metà di questo secolo, non consisteva in un esame veramente approfondito. Il controllo esercitato attraverso l'esame

---

(185) *Conclusions as to French Droit Administratif* (1899), in *Comparative Study of the Constitution*, cit., p. 64-65.

(186) Questa la tesi di F.H. Lawson, *Dicey Rivisited*, cit., p. 121 e 124; si veda anche E.C.S.Wade, *Introduction*, in A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, cit., p. CXXXVI.

(187) S.A.de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, cit., p. 272-273.

del rispetto dei principii di « natural justice » rimaneva molto superficiale (188).

E non può certo affermarsi che anche questo controllo imperfetto fosse molto esteso, per lo scarso accesso che i cittadini potevano avere agli alti gradi della giustizia. Tant'è vero che è impossibile trovare le tracce di un corpo di diritto amministrativo di formazione giurisprudenziale almeno fino alla fine del secolo scorso (189) Se, dunque, tutti gli indizi raccolti fanno supporre che Dicey avesse torto, come si spiega un così grossolano « errore »? Perché Dicey non si avvide di quella che uno dei maggiori studiosi dell'Inghilterra vittoriana ha definito « the avalanche of administrative law that descended on England » (190)?

Una ipotesi è stata già affacciata: che Dicey, in sostanza, non abbia costruito le sue conclusioni sulla realtà del diritto amministrativo degli anni in cui scriveva (gli anni Ottanta del secolo scorso), quanto piuttosto su quella di mezzo secolo prima, quando non si era ancora prodotto il rivolgimento amministrativo e Parlamento e Corti giudiziarie erano ancora alleate, in opposizione all'esecutivo, che si identificava con la Corona. Negli anni di Dicey, il legame tra Parlamento ed esecutivo stava stringendosi, ed, anzi, grazie alla disciplina di partito, l'esecutivo — ma il Gabinetto, non la Corona — esercitava una forza dominante in Parlamento.

Una seconda ipotesi è che egli abbia trascurato tutta questa parte del diritto amministrativo, perché era interessato non tanto alla parte della Costituzione che tutela il diritto di proprietà, quanto a quella parte che tutela le libertà. A riprova di ciò sta la circostanza che in « the Law of the Constitution » egli considera soltanto tre libertà, quella personale, quella di manifestazione del pensiero e quella di riunione. Dunque, è vero che Dicey era un liberale, ma non che era un liberista. La proprietà passa in secondo piano, rispetto alla libertà. Seconda conferma è quella che viene dall'esame del diritto positivo: in effetti, quando si tratta della libertà, il ruolo del giudice è più ampio, anzi dominante (anche se alcune forme di censura sono continuate persino nel XX secolo).

---

(188) W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, cit., p. 409.

(189) H.W. Arthurs, *'Without the Law'*, cit., p. 150.

(190) D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*, cit., p. 300.

Un'altra ipotesi è che Dicey catturasse un aspetto della realtà ormai superato, che poi non è stato più visto, che egli aveva così vicino da ritenere superfluo di doverlo menzionare. Ci si riferisce al doppio tentativo, quello di dare forza giudiziaria alle decisioni dell'amministrazione e quello di sottrarre i nascenti apparati amministrativi al controllo dei giudici, attraverso la non impugnabilità degli atti, oltre che alla immunità giudiziaria dei « customs and excise officers » e di altri funzionari. Agli occhi di Dicey, questi potevano apparire crimini non meno gravi dell'art. 75 della Costituzione francese dell'Anno VIII. Come deterrente contro questi sviluppi, Dicey potrebbe aver voluto ergere la sua costruzione, che non menziona il pericolo da evitare, ma ricorda, invece, continuamente, l'arbitrio al quale conduce, in Francia, il « droit administratif ».

A favore di questa interpretazione delle ragioni di Dicey sta la circostanza che una realtà all'epoca già tanto diffusa non doveva sfuggirgli, non solo perché egli era un osservatore tanto attento della realtà politica (ed, infatti, alla legislazione influenzata da quello che chiamò collettivismo dedicò la seconda parte dell'VIII capitolo delle « Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century » (191)), ma anche perchè vi era quasi venuto a contatto direttamente: si pensi che lo zio di Albert Venn Dicey, James Stephen (1789-1859), « colonial under-secretary », era stato uno degli autori e, poi, uno degli amministratori della legislazione diretta a proteggere gli emigranti. Contro questa interpretazione stanno, invece, due elementi: la formazione giuridico-avvocatesca prevalente in Inghilterra, che sposta l'attenzione dei giuristi verso le Corti (nelle quali, per i motivi detti, dovevano arrivare raramente decisioni degli Ispettorati e delle Commissioni) e la tendenza dello stesso Dicey a sottovalutare tutti gli aspetti amministrativi, considerati secondari (192). Cecil Carr osserverà che le

(191) *Op. cit.*, p. 288 ss.

(192) Osserva MacDonagh, *A Pattern of Government Growth*, cit., p. 325, a proposito di « Law and Opinion », che « practical government does not exist for Dicey »; sul fatto che Dicey considera solo alcuni settori limitati dell'amministrazione, E.C.S. Wade, *Introduction* in A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. CXXVI, CXLVI e CXCIII.

leggi amministrative « were not lawyers' laws: lawyers did not study them » (193).

Avviamoci verso qualche conclusione provvisoria. È chiaro, dopo quanto si detto, che Dicey fece almeno tre « errori ». In primo luogo, scambiò la giustizia amministrativa — un sistema giudiziario separato, chiamato a risolvere i conflitti tra privati e pubblica amministrazione — col diritto amministrativo (194).

Dichiarata inesistente la prima, ritenne che anche il secondo non potesse esistere, mentre ben può darsi un diritto amministrativo senza un sistema autonomo di giustizia amministrativa.

In secondo luogo, confuse il diritto amministrativo autoritario col diritto amministrativo « tout court » e scomunicò il secondo, mentre voleva scomunicare il primo.

In terzo luogo, ignorò — o finse di ignorare — la realtà amministrativa della seconda metà del secolo, che presentava alcuni caratteri tipici della prima fase di evoluzione del diritto amministrativo: poteri speciali attribuiti alle amministrazioni; attribuzione di poteri di autotutela; sottrazione di categorie di funzionari al controllo delle corti; sottrazione delle decisioni amministrative al vaglio dei giudici: tutto ciò per assicurare l'effettività delle funzioni attribuite alle amministrazioni.

In Inghilterra, nella seconda metà del secolo scorso, c'erano gli elementi costitutivi di un diritto amministrativo. Ciò che mancò, perché un ramo del diritto con quel nome fosse riconosciuto e si sviluppasse, fu l'opera ordinatrice della dottrina e della giurisprudenza. Ma qui può riconoscersi la mano di Dicey. Egli, affermando, erroneamente, che il diritto amministrativo non esisteva, impedì lo sviluppo di una scienza del diritto amministrativo che, a sua volta, ma effettivamente, non fece sviluppare il diritto amministrativo, inteso come istituti, classificazioni, insieme di regole che governano i rapporti tra amministrazione e privati. Per cui, se è vero che Voltaire era stato due volte imprigionato alla Bastiglia senza regolare processo, a causa della debolezza dei giudici francesi, ci si può chiedere quanti bambini siano morti per le condizioni in cui

(193) C. Carr, *Concerning English Administrative Law*, p. 21.

(194) Questo punto è contestato da F.H. Lawson, *Dicey Rivisited*, cit., p. 116.

lavoravano nelle miniere, a causa degli scarsi poteri degli amministratori inglesi (195).

Dicey, insomma, ebbe ragione almeno in tre sensi. Da una parte, nella constatazione che, quando scriveva, non esistesse un diritto amministrativo nel senso di una serie di principii ai quali fa capo un corpo di norme, ordinato a sistema grazie a quei principii, e, quindi, capace di trovare nel suo interno la capacità di integrarsi: alla fine, la prova vera dell'esistenza di un ramo del diritto sta nella esistenza di norme o di principii di chiusura, per cui quel ramo può dirsi autonomo dagli altri, non dovendo ricorrere, per completarsi in caso di lacune legislative, ad altri rami.

Dall'altra, per aver tanto insistito sulla assenza di un diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana, Dicey ebbe ragione anche in un secondo senso: le sue conclusioni divennero parte del diritto vigente: « the Law of the Constitution » divenne — non solo per i suoi meriti intrinseci, ma anche per l'alto riguardo della giurisprudenza, della cultura e della politica inglesi rispetto alle opinioni autorevoli — una prescrizione normativa. E, come prescrizione normativa, impedì ai giudici e alla dottrina di fissare i concetti del diritto amministrativo.

Infine, se è vera la tesi che Dicey criticasse il diritto amministrativo per contrapporsi al crescere delle funzioni statali e del collettivismo (196) e che, quindi, combatté la forma perché non gli piaceva il contenuto, l'opera di Dicey si è rivelata fruttuosa come programma, non come analisi di una realtà, in quanto ha contribuito a glorificare il giudice ordinario e a spogliare l'amministrazione dei poteri derogatori, per farle vestire panni privati.

Dicey sarà, fino ad oggi, la cartina di tornasole del cambiamento amministrativo inglese: ogni volta che ve n'è uno, si ritorna a Dicey per verificare i concetti. Così nei primi trenta anni del secolo nostro, quando si completa l'edificio amministrativo; negli anni '40, sotto la pressione della crescita amministrativa prodotta dalla guerra; negli

---

(195) Naturalmente, ci si può anche chiedere quanto effettiva fosse l'amministrazione francese nel proteggere bambini e donne e nell'intervenire a favore delle altre categorie sottoprotette; la risposta data in sede storica all'interrogativo è a favore dell'Inghilterra: D. ROBERTS, *Victorian Origins of the Welfare State*, cit., p. 319 ss.

(196) H.W. ARTHURS, '*Without the Law*', cit., *passim*.

anni '80, col completamento del « Welfare State » e l'affacciarsi di un sistema di giustizia amministrativa.

Ma la scienza inglese del diritto amministrativo, pur facendo continuamente i conti con Dicey, non sarà capace di portare fino in fondo la revisione dei concetti e rimarrà in uno stato infantile, per la incapacità di separare legislazione e giurisdizione da amministrazione (e, quindi, di abbandonare la definizione degli istituti amministrativi a mezzo dei « quasi »: « quasi legislative », « quasi judicial ») e per la difficoltà di impossessarsi di tutta la materia del diritto amministrativo sostanziale (197).

Sull'una e sull'altra di queste difficoltà grava, ancor oggi, la mano di Dicey. Sulla prima, in quanto l'effetto ultimo della sua opera è stato il mancato riconoscimento di una autonoma posizione costituzionale all'amministrazione, alla quale non è lasciato spazio tra Parlamento e Corti giudiziarie. Sulla seconda, in quanto si protrae l'« errore » diceyiano di identificare il tutto — il diritto amministrativo — con una parte — la giustizia amministrativa —. Per cui ancor oggi, dopo lo sviluppo che è stato definito « phenomenal » e « immense » del diritto amministrativo (198) e dopo che il diritto amministrativo si è affermato ed è, anzi, divenuto una importante materia di insegnamento, i suoi studiosi appaiono come pittori che non abbiano una tavolozza completa di tutti i colori. Dopo Dicey, nonostante i molti progressi, scienza del diritto amministrativo e diritto amministrativo rimangono separati, perché la prima, in sostanza, non è altro che studio della giustizia amministrativa.

Questa miopia — però — non può essere criticata o giudicata « erronea » con la stessa rapidità con la quale, in Inghilterra, ci si affretta oggi a liquidare Dicey — salvo indicarne l'opera in cima alla lista delle letture consigliate agli studenti di diritto —. In primo luogo, infatti, le concezioni e le scelte di una cultura giuridica,

---

(197) Rimane prigioniero di questa trappola concettuale anche un giurista canadese, al quale si deve lo sforzo più ampio di analisi del diritto amministrativo inglese dell'800, H.W. ARTHURS, '*Without the Law*' cit., spec. p. 167 ss.; questo autore sostiene che l'errore di Dicey fu quello di credere al centralismo giudiziario, senza tener conto del pluralismo prodotto dalla istituzione di Ispettorati e Commissioni; ma così vengono confusi ancora una volta aggiudicazione e amministrazione.

(198) W.A. ROBSON, *Administrative Law in England, 1919-1948*, cit., p. 89 e *Administrative Law*, cit., p. 202.

influenzata dalla sua tradizione, anche se tradiscono la realtà che dovrebbero analizzare, costituiscono, nella misura in cui sono generalmente condivise, anche per il più acuto osservatore straniero, il diritto di quel paese e di quell'epoca. In secondo luogo, anche criteri e classificazioni concettualmente errati possono produrre effetti positivi: è il caso dell'applicazione dei principii di « natural justice » all'amministrazione, resa possibile dal prevalere della concezione dell'« adjudication » e della natura « quasi judicial » dell'attività amministrativa (almeno di una parte di essa).

LA RICEZIONE DI DICEY IN ITALIA E IN FRANCIA

Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo (*)

1. Introduzione e breve sintesi della vicenda generale. — 2. La ricezione in Italia. — 3. La ricezione in Francia. — 4. Conclusioni (che ritornano alla vicenda generale).

1. *Introduzione e breve sintesi della vicenda generale.*

I giuristi amano rifugiarsi, dalla seconda metà del secolo scorso, nel porto sicuro del diritto positivo: per loro esistono leggi, sentenze, al più istituzioni di un paese particolare, sui quali svolgere argomentazioni logicamente controllate.

La storia del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo dovrebbe mostrare quanto insicura scientificamente sia la posizione dei positivisti, perché analizza la formazione, appunto, di un mito, destinato, però, a produrre enormi conseguenze nella vita delle istituzioni e delle società.

Da un lato, questa storia illustra una lunga serie di « errori », che condurranno alla formazione del mito. Questi « errori » sono prodotti da una serie di influenze culturali reciproche di due paesi, l'Inghilterra e la Francia. In questi paesi, nel secolo scorso, era al lavoro una piccola schiera di intellettuali attenti non solo a quanto avveniva nel proprio paese, ma anche a quanto avveniva in altri paesi, e a quanto in altri paesi si diceva del loro, nonché a quanto in

---

(*) Questo scritto è la continuazione ideale di due altri articoli, citati nel testo. L'autore avrebbe voluto ricostruire l'intera vicenda. Ma — spinto da altri interessi verso temi diversi — si accontenta — per ora — di questo mosaico di storia delle idee, sperando che il lettore, immaginando l'intero disegno (riassunto nel primo e nell'ultimo paragrafo), non lo ritenga un accessorio.

altri paesi venivano echeggiate opinioni formatesi nel loro stesso paese.

Questi intellettuali non credevano a quanto aveva scritto Montesquieu nel secolo precedente, che le leggi.

> doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre (1).

Gli « errori » di cui si è detto fanno blocco con miti che essi contribuiscono a creare, producendo concetti che, per essere sbagliati o falsi, non hanno una dimensione meno reale, in quanto per decenni o per secoli vi è stato chi ci ha creduto e si è comportato come se essi fossero stati reali. È sbagliato considerare questi « errori » ed i miti che vi sono legati come una superficie sotto la quale scorre la vita reale del diritto. E, poi, per la storia, non esistono errori, non vi sono idee giuste o sbagliate; e miti, credenze, idealità, finiscono per confondersi e per confluire nel suo fiume. La loro importanza non starà nel modo in cui si sono prodotti, ma nell'impatto che avranno.

Infine, i miti giuridici costituiscono le fondamenta di edifici normativi e il tessuto logico del pensiero che vi riflette.

Che tutto questo accada non nei confini di una nazione, ma in dialogo tra nazioni, è l'ultima smentita del positivismo, ancorato alle istituzioni di un solo Stato. Questo è giunto ad ammettere che possano esservi contaminazioni, esportazioni, emigrazioni da un diritto positivo ad un altro, facendo, così, salvo il principio del positivismo normativistico. Ora, bisognerà riconoscere che gli scambi tra ordinamenti possono avere luogo anche per contaminazione di idee, che vanno, poi, a influire sulla realtà dell'ordinamento. Per cui, ideologie, passioni politiche, miti passano da un paese all'altro. Ma ciò consentirà anche di esaminare la nascita di un *jus publicum europaeum* di tipo particolare, metà pubblico, metà privato.

Per una storia di questo tipo, occorre, da un lato, dipanare pazientemente i fili che collegano i giuristi (i facitori di miti) con l'ambiente, con la loro epoca e le sue passioni, con le idee guida e

---

(1) *De l'ésprit des lois*, I, 3, in *Œuvres complètes,* Paris, Gallimard, vol. II, p. 237.

l'opinione pubblica, per svelare il gioco delle influenze reciproche e riconoscere gli « errori », e, in ultima istanza, studiare la nascita dei miti giuridici.

Poi, fare opera da giuristi, nel senso tradizionale del termine, esaminando le istituzioni al lavoro, nei momenti storici in cui si formano i miti: leggi, procedure che servono ad applicarle, giudici che intervengono e modi in cui intervengono.

Infine, evocare le vicende storiche e individuali, gli interessi concreti, il sudore e il sangue che si mescolano ai miti, o vi si oppongono: bisogni reali, tecniche, fatti di cronaca, eventi.

In una indagine di questo tipo, si mescolano analisi di diritto positivo, storia comparata delle idee, storia politica, storia economica e sociale, epistemologia. E sono nascosti diversi pericoli, principale quello che, nella analisi della formazione degli ordinamenti complessivi, finiscano schegge del nostro pensiero d'oggi, per cui la storia finisce per essere rispecchiamento storico di problematiche ideologiche attuali. Per questo motivo anche, occorre verificare i miti col sudore e col sangue, le ideologie col funzionamento concreto delle istituzioni.

Infine, c'è da chiedersi quale progresso si sia fatto quando siano stati ricollocati nella giusta proporzione e nei posti giusti i diversi elementi della storia. Si sarà compreso meglio un episodio del passato, o si potrà trarne una legge dello sviluppo delle interazioni tra ordinamenti e culture?

Tracciamo la linea di sviluppo del mito, prima di addentrarci nell'esame di alcune delle vicende che ne sono all'origine e ne costituiscono il prodotto.

All'inizio della storia stanno Tocqueville e il pensiero liberale-democratico francese, insofferente del ritardato sviluppo in senso liberale delle istituzioni amministrative francesi. Ad essi guardano, per una riprova della loro tesi, i liberali inglesi, orgogliosi di poter affermare che le uniche istituzioni amministrative autenticamente liberali sono quelle inglesi.

Francesi ed inglesi notano concordemente il progresso della libertà in Francia, in termini di dichiarazioni costituzionali, ma lamentano che ad esso non fa riscontro uno sviluppo altrettanto soddisfacente sul lato amministrativo. Si affaccia un argomento che sarà al centro di tanti dibattiti del XIX secolo: l'ipocrisia delle

Costituzioni e la distanza tra i diritti che esse proclamano e i diritti concretamente garantiti nella vita civile. Ne approfittano gli inglesi — Dicey, tra questi — per sostenere che la loro Costituzione non scritta è migliore delle troppo frequenti, troppo caduche e molto ipocrite dichiarazioni solenni francesi e continentali.

Un giurista vittoriano, Albert Venn Dicey, trova in Tocqueville gli argomenti per appoggiare le tesi liberali alle quali è stato educato e che sostiene con passione di politico, anche se non impegnato in prima persona. L'incontro tra i due avviene sul tema del diritto amministrativo. Di esso, Tocqueville critica la componente autoritaria e privilegiata. Dicey, invece, assolutizzando, criticherà il diritto amministrativo come simbolo dell'autoritarismo e del privilegio. Tocqueville critica solo una parte del diritto amministrativo; Dicey, invece, tutto.

Ma gli « errori » non finiscono qui. Dicey, che scrive trentaquaranta anni dopo Tocqueville, ritiene che la disciplina amministrativa francese sia ancora quella della Restaurazione o della II Repubblica, mentre, invece, nel 1867, è incominciato il periodo liberale del II Impero. Successivamente, a costo di molte contorsioni, si affannerà a correggere le sue conclusioni, nei trenta anni che vanno dalla prima all'ultima edizione della sua opera. Ma rimarrà fermo sul punto di fondo.

Ma Dicey non aveva soltanto sostenuto che il diritto amministrativo era il regno dell'arbitrio. Vi aveva anche contrapposto il regno della legge e del diritto, rappresentato dall'Inghilterra, sostenendo che in quel paese non vi era un diritto amministrativo, né qualcosa che gli somigliasse. Insomma, la diffidenza verso la Francia — e verso l'epoca inglese dei Tudors e degli Stuarts, precedente la *Glourious Revolution* — aveva indotto Dicey ad affermare che esisteva una pubblica amministrazione senza diritto amministrativo.

Lentamente, Dicey stesso e, poi, principalmente, la scuola amministrativa di impronta laburista che operò a Londra nel terzo e nel quarto decennio del secolo, si resero conto che il diritto amministrativo francese, in questo processo, era divenuto un manichino, ridotto a due capitoli, quello relativo alla protezione dei funzionari e quello attinente all'indipendenza delle corti amministrative.

Parallelamente, ci si rese conto che anche in Inghilterra era esistito ed esisteva un diritto amministrativo, pur non essendoci un

giudice speciale. E che la « mano fredda » di Dicey — come scriverà Robson — aveva ucciso sul nascere ogni tentativo di costruire un corpo scientifico che lo studiasse.

Come Dicey aveva decontestualizzato Tocqueville, tradendolo, per almeno mezzo secolo in Inghilterra e per un secolo sul continente, Dicey fu sottoposto ad un processo di decontestualizzazione. Inoltre, la traduzione francese dell'opera di Dicey, del 1902, cominciò a produrre i suoi effetti con un ritardo di circa venti anni, come era accaduto a Tocqueville. Infine, l'opera di Dicey, come quella di Tocqueville, fu intesa come testimonianza di un'epoca di cui non era che il ricordo.

Fuori d'Inghilterra, la cultura stessa degli studiosi maggiori li trarrà in inganno. Tra gli altri, Hauriou in Francia e Romano in Italia prenderanno per oro colato Dicey, ed accetteranno l'idea che vi fossero amministrazioni senza diritto amministrativo e che, quindi, occorresse distinguere tra amministrazioni a regime amministrativo e amministrazioni a regime comune.

Quest'idea errata, a sua volta, avrà un effetto complessivamente positivo, favorendo l'attecchimento — che aveva sue proprie ragioni e cause — di amministrazioni pubbliche rette dal diritto privato in paesi dove il riconoscimento di una cittadinanza piena al diritto amministrativo — la circostanza che esso, cioè, venisse ritenuto come un diritto non eccezionale o derogatorio, ma come un diritto comune della pubblica amministrazione — poteva indurre ad affermare che tutto ciò che riguarda la pubblica amministrazione ricade sotto il dominio del diritto amministrativo. In altre parole, il riconoscimento dell'esistenza di un'amministrazione interamente soggetta al diritto comune rafforzò il privatismo latente nelle amministrazioni a diritto amministrativo e la componente liberale, in opposizione alla componente autoritaria del diritto amministrativo.

Questo, è uno dei passaggi più delicati dell'indagine. L'esistenza del diritto amministrativo è fondata sull'idea che vi sia « un corps du droit alimenté par une matière spéciale, par des lois spéciales et par une jurisprudence spéciale », come dice Hauriou nel *Précis de droit administratif*. Però, quando si ammette che, da una parte, l'amministrazione è sottosposta al principio di legalità, per cui ha poteri speciali o derogatori solo nella misura in cui gli siano espressamente attribuiti; e, dall'altra, che, fuori di tali casi, ha una capacità generale,

ma di diritto comune, si deve riconoscere che il diritto amministrativo non ha principi di « chiusura » suoi propri. È un corpo di diritto lacunoso, mancandogli i principii necessari all'autocompletamento. Per cui rimane aperto all'applicazione di diritti diversi da quello proprio (diritto privato, diritto privato modificato, diritto privato misto, ecc.), o di principii tratti da questi diritti, quando il legislatore non disciplina espressamente una materia o un insieme di poteri.

Il risultato complessivo della fiducia riposta nell'indagine di Dicey e nella sua corrispondenza al diritto positivo vigente in Inghilterra fu, dunque, positivo, e condusse a rafforzare la componente liberale del diritto amministrativo.

La formazione del mito di un'amministrazione senza diritto amministrativo produrrà anche un effetto di ravvicinamento dei due sistemi, quello francese e quello inglese, il primo dominato dallo sviluppo dell'esecutivo (e dal divieto di interferenza dei giudici nelle questioni amministrative), il secondo dominato dall'affermazione del potere parlamentare e di quello giudiziario (e dal predominio dell'amministrazione quasi giudiziaria).

La convergenza avverrà grazie all'indipendenza acquisita dai giudici e all'immunità perduta dai funzionari nelle amministrazioni a regime amministrativo; e grazie alle dimensioni acquisite dalle amministrazioni e alla perdita del loro carattere quasi giudiziario.

Altro effetto del mito sarà quello di alimentare l'illusione di un'amministrazione interamente privatistica e operante in forme giudiziali, quasi che l'amministrazione pubblica possa avere rapporti con i privati simili a quelli che questi intrattengono tra di loro. Ma qui siamo nel campo noto degli effetti illusori dei miti, dell'aspirazione impossibile ad un'amministrazione eguale ai privati.

In questa vicenda complessa, le istituzioni e il diritto positivo non sono più radicati e tangibili degli errori, dei miti, degli ideali, degli interessi e dei bisogni presenti alla mente di chi interpreta. Per cui il diritto amministrativo — almeno questa parte del diritto amministrativo — è meno lo studio di vicende reali che l'analisi di storie intellettuali e sociali. Insomma, non basta esaminare le istituzioni, bisogna anche vedere come queste sono considerate.

Queste conclusioni obbligano a chiedersi se si possa essere soddisfatti della scoperta del realismo o non si debba riconoscere l'esistenza di « many faces of realism » (per citare il filosofo Hilary

Putnam), per cui non ci si può illudere di aver terminato il proprio lavoro quando si è ricostruito l'ordinamento — siano leggi, siano istituzioni — perché, al di là, vi sono anche « errori », ideologie, miti, ecc.

2. *La ricezione in Italia.*

Tracciate le linee generali della vicenda (2), esaminiamone una parte, quella relativa alla influenza delle idee del giurista vittoriano in Italia e in Francia.

L'esame sarà condotto con un metodo esegetico (un decostruzionista direbbe col metodo del *close reading*), per accertare quale fosse, prima della diffusione dell'impostazione di Dicey, l'opinione prevalente in Italia e in Francia circa l'esistenza di un diritto amministrativo in Inghilterra e per, poi, rintracciare i segni della ricezione della opera di Dicey.

Scopo dell'indagine è di individuare il momento in cui, nella scienza del diritto amministrativo italiano e francese, si forma l'idea che esistano un sistema cosidetto « a regime amministrativo » e un sistema cosidetto « a diritto comune ».

Questa analisi è importante perché all'origine del concetto che esista una ripartizione tra i due modelli, c'è Dicey. Il contributo di Dicey costituisce, in qualche modo, uno spartiacque. Fino a Dicey, tutti gli studiosi sono convinti che esistano sia l'amministrazione, sia un diritto amministrativo in Inghilterra. Quando appare il libro di Dicey, i lettori francesi e italiani, che leggono, per lo più, la traduzione francese del libro di Dicey, che è del 1902, cominciano ad affermare che esistono due sistemi: un sistema, che Hauriou chiamerà *à régime administratif* (cioè, il *droit administratif*), e un altro, invece, ispirato alla *Rule of Law*, espressione ambigua che

(2) Su questa, in generale, S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, n. 2, p. 467 e, con particolare riguardo a Dicey, alla formazione delle sue idee e alle reazioni inglesi, S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, n. 19, p. 5.

viene tradotta in frances da Jèze, che era in contatto con Dicey, e da Hauriou, « le règne de la loi ».

Esaminiamo la dottrina italiana.

Il primo autore da prendere in considerazione, in ordine di tempo, è Federico Persico. Questi, nei *Principii di diritto amministrativo*, afferma, con riferimento alle istituzioni inglesi (3):

> ma, nonostante queste distinzioni, a guardare in fondo le cose, sì il giudice e sì l'amministratore sono entrambi pubbliche autorità, forme di sviluppo del potere sovrano; e la legge imperando all'uno come all'altro, si possono entrambi chiamare gli esecutori e i ministri di essa. Infatti un giurista del continente sarebbe in un bell'intrigo a voler trovare in Inghilterra quei netti confini di diritto pubblico e privato, e separare le questioni amministrative dalle giudiziarie. Mentre colà una distinzione si osserva fra gli uffici di giudicatura e gli uffici ministeriali, il Fischel fa notare che non si potrebbe scrivere un trattato di procedura inglese senza toccare delle funzioni dell'Alta Camera e della sua composizione, della organizzazione dei giudici di pace e delle attribuzioni dello sceriffo; né dare uno specchio dell'amministrazione pubblica, senza porre in rilievo la competenza de' giudici di pace nonché dei magistrati delle città in materia penale.

Più avanti (4), dove tratta del Consiglio di Stato, Persico sostiene:

> quanto all'Inghilterra, è assai difficile, come ognun sa, paragonare le sue istituzioni alle nostre, e dedurre da esse la forma che per noi è più conveniente. Pretendere di trovare in quel paese nettamente definiti certi istituti, secondo quelle astratte e semplici distinzioni a cui siamo avvezzi, è uno sconoscere la storia del diritto inglese. Certo è che il Consiglio privato, al quale accennammo, ha molti lati di somiglianza col Consiglio di Stato francese; e non può negarsi che oltre il gabinetto e le Camere, vi sia un collegio altissimo, a cui il Re ricorre per avviso, il quale col Re giudica su certi affari di alta amministrazione.

Dunque, Persico, che certamente è stato uno dei più fini giuristi e amministrativisti del secolo scorso, nel 1872, ammette che esisteva un diritto amministrativo inglese; sostiene soltanto che la distinzione tra pubblico e privato, tra attività giudiziaria e attività amministrativa, è in Inghilterra, meno netta che in altri paesi. Interessante notare il riferimento al « Privy Council ». Per rendersi conto del-

(3) I ed., Marghieri, Napoli, I vol., 1872, pp. 56-57.

(4) *Ibidem*, p. 141.

l'importanza del paragone con il Consiglio di Stato, va ricordata l'opera giovanile di Dicey su tale organo. Lì Dicey dipingeva in modo critico il *Privy Council*, considerandolo strumento di arbitrio.

Più tardi, nel 1879, Lorenzo Meucci, professore di diritto amministrativo nella Università di Roma, scrive nella prima edizione del suo *Diritto amministrativo* (5):

> in Inghilterra il diritto amministrativo, pari a ogni altro ramo, è tutto tradizionale e storico, quindi nessuna opera scientifica e nemmeno metodica v'era da cercare, ad eccezione del Blackstone che tratta delle istituzioni amministrative in complesso con le leggi civili e penali. Tuttavia, se non v'ha propriamente scienza, v'ha però un diritto amministrativo inglese intorno al quale abbondano opere, ma tutte di stranieri (come il Gneist, il Fischel, il Manfrin) volti a ricercare negli istituti di quel paese il segreto della sua potenza e della sua ricchezza.

Dunque, dopo Persico, un altro dei padri del diritto amministrativo italiano, ammette che, in Inghilterra, anche se la scienza del diritto amministrativo non è molto coltivata, esiste un diritto amministrativo.

Questa è l'opinione prevalente fino alla fine del secolo scorso. Agli inizi del nuovo secolo, l'orientamento cambia. Il primo autore che sceglie un nuovo orientamento è Enrico Presutti. Nelle *Istituzioni di diritto amministrativo italiano-parte generale*, pubblicate a Napoli nel 1904 (6), è contenuta una lunga nota intitolata « Le definizioni del diritto costituzionale e del diritto amministrativo ». Lì si legge:

> In Inghilterra la denominazione diritto amministrativo destava un sacro orrore, che si spiega con il diverso svolgimento che ebbero colà gl'istituti giuridico-politici in confronto del continente. Dice lo Stubbs che in Inghilterra tali istituzioni si svolsero con la prevalenza della funzione giurisdizionale, mentre nel continente si svolsero invece mediante l'azione prevalente del potere esecutivo. Così lo studio delle garanzie e del sindacato giurisdizionale sui rapporti con gli organi dello Stato in Inghilterra non ha costituito qualche cosa di per sé stante, ma non è altro che uno degli argomenti del diritto pubblico. Vedi l'appendice sul diritto amministrativo nell'opera del Dicey *Introduction* ecc.

Ecco il punto di passaggio. È singolare che, fino a questo punto,

---

(5) Salviucci, Roma, p. 26.

(6) Tocco, I, ed., pp. 87-90.

due maestri del diritto amministrativo, Persico e Meucci, riconoscessero l'esistenza di un diritto amministrativo in Inghilterra, sia pur con le attenuazioni che abbiamo visto. Nel 1904, sopravviene il Presutti che, citando Dicey, sostiene che in Inghilterra, non solo non esiste un diritto amministrativo, ma c'è un « sacro orrore » per il diritto amministrativo. Afferma che, in Inghilterra, il sistema giurisdizionale prevale sul sistema amministrativo.

Dopo di lui, questa sarà l'opinione dominante. Umberto Borsi, nel 1914, nel *Corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (7) scrive che, mentre in Italia il diritto amministrativo è « il diritto regolatore normale dei rapporti che fanno capo alla pubblica amministrazione », in Inghilterra e in molti paesi anglo-sassoni, manca « un organico complesso di disposizioni speciali a questi rapporti » e cita, a sostegno di questa tesi, la traduzione di Dicey in francese, sia pure affermando poi che questi concetti sono assai discussi, in modo particolare, dall'americano Goodnow.

La voce più autorevole nel consacrare il concetto che non esista in Inghilterra un diritto amministrativo, e, di conseguenza, che, nella comparazione giuridica, occorra distinguere tra paesi con un diritto amministrativo e paesi senza diritto amministrativo è quella di Santi Romano. Questi, nel *Corso di diritto amministrativo* del 1930 (8) afferma:

> non ogni norma giuridica che riguarda la pubblica amministrazione è diritto amministrativo. Ci sono, anzi, degli Stati che naturalmente hanno un'amministrazione anche molto sviluppata e complessa, ma che tuttavia non hanno un diritto amministrativo, giacché il complesso delle norme giuridiche che regolano questa loro attività non è una branca a sé stante dell'ordinamento statale. In questo senso si parla di Stati senza regime amministrativo. Fra essi si ricorda l'Inghilterra, in cui l'amministrazione è retta da norme che rientrano nel c.d. diritto comune ed è posta, come i privati, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria [...] Lo sviluppo di un diritto amministrativo a sé stante è del tutto recente. Esso si è avuto prima in Francia e poi in altri paesi, fra cui l'Italia.

Si noti che l'autore fa ricorso al concetto — che vedremo sviluppato da Hauriou proprio per differenziare lo sviluppo francese da quello inglese — di un regime amministrativo. E che l'esistenza

(7) Macerata, Giorgetti, pp. 32-34.
(8) Cedam, Padova, I ed., pp. 9-10.

di amministrazioni pubbliche senza diritto amministrativo serve all'autore per avvalorare la tesi che non ogni forma giuridica relativa alla pubblica amministrazione è diritto amministrativo. Una tesi che l'autore svolgerà poche pagine più avanti, sostenendo che « effettivamente gli enti amministrativi possono esplicare una parte notevole della loro attività con le forme del diritto privato, assoggettandosi alle norme così del diritto civile come del diritto commerciale ».

Successivamente, Cino Vitta, professore di diritto amministrativo all'Università di Torino, nel *Diritto amministrativo* del 1933 (9) osserva:

> soltanto in Inghilterra, ove il regime assoluto non poté stabilirsi, continua la distinzione fra il potere amministrativo e quello legislativo, onde i funzionari nell'esercizio dell'amministrazione sono costretti all'osservanza del diritto comune e le Corti di giustizia possono conoscere della conformità dei loro atti alla legge [...] Finché l'amministrazione pubblica è assoggettata al diritto comune privato come accade in Inghilterra, essa non dà luogo a speciali rilievi di ordine giuridico; abbisogna un sistema particolare di norme e di garanzie, come si è avuto nell'Europa continentale nel corso dell'Ottocento, per aversi un particolare corpo di diritto amministrativo, ed infatti il nome stesso di diritto amministrativo è usato solo dal principio del secolo passato.

Più tardi, Guido Zanobini, nella I edizione del *Corso di diritto amministrativo*, del 1936 (10) osserva:

> nessuno Stato [...] può mancare di una funzione amministrativa e di organi ad essa delegati: non tutti gli Stati, però, presentano un diritto amministrativo. L'esistenza di questo è subordinata a due condizioni: che l'attività amministrativa sia regolata da norme giuridiche esteriormente obbligatorie, e che tali norme siano distinte da quelle che regolano gli altri soggetti e particolarmente i cittadini. Queste due condizioni si verificano soltanto nello Stato moderno, e la seconda non in tutte le forme di esso. All'esistenza di un diritto amministrativo è [...] necessario [...] che le norme giuridiche, cui l'amministrazione è soggetta, abbiano una particolare individualità ed autonomia nel sistema giuridico generale. In alcuni ordinamenti vige da secoli il principio della subordinazione delle autorità amministrative alla legge, ma non può dirsi che ivi esista un diritto amministrativo, perché tali leggi non sono altro che quelle di diritto comune, alla cui osservanza sono tenuti tutti i soggetti e gli stessi cittadini. Ciò può dirsi per quanto riguarda il diritto inglese e quello nordamericano,

(9) Utet, Torino, I ed., pp. 15-16.
(10) Pp. 17-20.

nonostante che anche in tali ordinamenti la più moderna legislazione vada introducendo principii che si avvicinano a quelli degli altri paesi. Sistema completamente opposto è quello degli Stati detti a regime amministrativo, rappresentati soprattutto dall'ordinamento francese. In essi tutte le autorità amministrative sono organizzate in un'unica istituzione, con poteri fortemente accentrati, sottoposta a leggi esclusivamente proprie e alla giurisdizione di propri tribunali speciali, esclusa ogni ingerenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Sul tema ritorna ancora Santi Romano. Di questo, negli *Scritti minori* (11), sono pubblicate le prime pagine di un manuale di diritto amministrativo, a cura dell'allievo Guido Zanobini, con una premessa del maestro Vittorio Emanuele Orlando:

> giacché, se il diritto amministrativo concerne l'amministrazione nell'uno e nell'altro dei significati della parola, cioè l'attività amministrativa e i soggetti o gli organi che esplicano tale attività, non ogni istituzione o norma giuridica che riguarda la pubblica amministrazione è diritto amministrativo: questo è quel ramo del diritto che la concerne in modo specifico. Ci sono infatti degli Stati che hanno naturalmente un'amministrazione, anche molto sviluppata e complessa, ma che tuttavia non hanno un diritto amministrativo, perché l'ordinamento ad essa relativo non è una sfera a sé stante, ma si confonde con altre sfere dell'ordinamento statale e, più particolarmente, col c.d. diritto comune. In questo senso si parla di Stati senza regime amministrativo. Fra essi si suole annoverare l'Inghilterra, in cui l'amministrazione è retta dal diritto comune. E anche per la Germania si è osservato, con dubbio fondamento, che il concetto di diritto amministrativo non è posto dal diritto positivo, ma è una mera costruzione teorica (12).

Lo svolgimento dato alla tesi dell'esistenza di amministrazioni pubbliche senza diritto amministrativo e le indicazioni sugli sviluppi recenti si spiegano non solo col fatto che Zanobini scrive più tardi degli altri autori, ma anche con la circostanza che egli cita e conosce Dicey, Garner, Berthélemy e la letteratura sul concetto di regime amministrativo.

La rassegna delle opinioni dominanti nella prima metà del secolo consente di notare come, dall'idea secondo la quale nei paesi anglosassoni non esistesse una scienza del diritto amministrativo, si sia passati a una concezione secondo la quale in quei paesi non esiste

---

(11) Giuffrè, Milano, 1950, ristampa 1990, vol. II.

(12) *Ibidem*, p. 433.

neppure un diritto amministrativo, essendo l'amministrazione soggetta al diritto comune e ai giudici ordinari.

Per comprendere l'importanza di questo mutamento di punto di vista, va ricordato che è all'inizio del secolo che si consolida l'opinione che il diritto amministrativo vada considerato come diritto comune della pubblica amministrazione, abbandonandosi, invece, l'impostazione secondo la quale il diritto amministrativo è diritto derogatorio od eccezionale, che trova attuazione solo quando non si applichi il diritto privato.

Questa concezione, però, andava di pari passo con quella secondo la quale anche il diritto privato può applicarsi alla pubblica amministrazione, la decisione essendo, caso per caso, di diritto positivo. In tal modo, la prima affermazione veniva temperata: diritto pubblico e diritto privato concorrono a disciplinare la pubblica amministrazione.

Meno chiara, in concreto, la distinzione. I punti oscuri erano almeno tre. In primo luogo, quello dei criteri distintivi dei casi nei quali dominava il diritto pubblico e di quelli nei quali dominava, invece, il diritto privato. Abbandonata la vecchia idea della doppia personalità dello Stato (teoria del Fisco), si propendeva per la distinzione tra atti di impero e atti di gestione.

In secondo luogo, rimaneva in penombra la zona intermedia, quella dove diritto pubblico e diritto privato confluiscono. Per cui si presentano ipotesi regolate dallo « jus speciale » (diritto privato applicato e sviluppato) e ipotesi regolate da uno « jus singulare » (diritto privato modificato).

In terzo luogo, rimaneva oscuro il modo nel quale doveva procedersi all'integrazione dell'ordinamento nel caso di assenza di leggi che specificamente regolassero singoli fatti. Se ognuno dei due tipi di disciplina, quello pubblicistico e quello privatistico, dovesse adottare i canoni interpretativi propri, facendo ricorso all'analogia e ai principii generali solo nella sua area, oppure se fosse possibile o necessario rivolgersi alla disciplina di diritto comune di origine privatistica.

Su questo incerto sfondo, dunque, si colloca la « scoperta » di amministrazioni senza diritto amministrativo. Questa « scoperta » contribuirà al riconoscimento e allo sviluppo dell'area privatistica della pubblica amministrazione.

Come avvenga questa « scoperta » è già, in parte, chiaro dalle parole di Borsi e degli autori che l'hanno seguito: attraverso la lettura dell'opera di Dicey.

Possiamo fissare a questo punto quattro conclusioni. In primo luogo, fino alla fine dell'Ottocento, viene accettata l'idea che non esista una differenza fondamentale tra sistema italiano, francese, tedesco e inglese.

In secondo luogo, dagli inizi del secolo, precisamente dal 1902, quando, o nel testo originario o nella traduzione francese, viene conosciuto Dicey, le idee di quest'ultimo vengono accettate.

In terzo luogo, si registra uno sviluppo da Presutti (agli inizi del secolo) fino a Zanobini (alla metà del secolo). Se il prima afferma semplicemente che in Inghilterra non esiste il diritto amministrativo, Romano e, poi, Zanobini fanno un ragionamento più complesso: vi è una pubblica amministrazione, sottoposta alle leggi, ma queste non sono diverse dalle leggi che si applicano ai privati (cioè non esiste un diritto amministrativo speciale).

In quarto luogo, i giuristi italiani, nel 1950, ripetono ancora affermazioni superate perché in Inghilterra, nel frattempo, si era acquisita consapevolezza dell'esistenza del diritto amministrativo ed esistevano ormai anche cattedre di diritto amministrativo. Insomma, si registra un ritardo culturale della scienza giuridica italiana, la quale è ferma, alla metà del nostro secolo, alle affermazioni di un giurista inglese che aveva scritto nel 1885.

Dunque la riflessione giuridica italiana è influenzata non dalla conoscenza del diritto positivo dell'Inghilterra, bensì dal modo in cui il diritto amministrativo di quel paese era considerato da un giurista di quel paese. Ecco un buon motivo per non illudersi che il diritto amministrativo comparato possa esaurirsi nella comparazione di due ordinamenti dati, senza tener conto delle opinioni del soggetto osservante.

3. *La ricezione in Francia.*

Passiamo alla Francia. Qui si può prendere come punto di partenza il *Traité de la juridiction administrative et des recours*

contentieux (1877) di Laferrière, vicepresidente del Consiglio di Stato (13).

Vedremo che, per Laferrière, il quale esamina il sistema amministrativo inglese, sulla base delle informazioni che trae da autori come Fischel e von Gneist, quello è un sistema amministrativo non diverso dal francese.

Una volta diffusa nella cultura francese la traduzione francese dell'opera di Dicey sulla Costituzione (1902), si crea una sorta di divaricazione. Da un lato, vi è un gruppo di autori, il più importante e rappresentativo dei quali è Gaston Jèze, preside della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Parigi; dall'altro, invece, un secondo gruppo, tra i quali Maurice Hauriou, preside della Facoltà di Tolosa. Mentre Jèze, che era amico di Dicey, afferma che questi si era sbagliato perché il diritto amministrativo è un complesso di norme che esiste comunque in ogni paese, Hauriou, invece, riprende a pieno la distinzione diceyana e la approfondisce, in termini critici, prendendo — però — la difesa del diritto amministrativo.

Nel *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* di Laferrière si può leggere (14):

> Il n'est pas sans intérêt de rapprocher le mouvement de concentration qui se produit dans les Etats les plus décentralisés, — et que l'on commence à observer même en Amérique, — du mouvement inverse qui se manifeste en France et qui tende à restreindre l'action du pouvoir central sur les affaires locales. Au fond, les deux tendances ne diffèrent pas sensiblement, car elles paraissent avoir pour objectif commun l'établissement d'un régime administratif moyen, également éloigné de la concentration excessive et de l'extrême décentralisation (15).

Dunque, l'idea di Laferrière è che vi sono due movimenti convergenti: i paesi che partono dal decentramento e i paesi che partono dalla concentrazione vanno verso un regime amministrativo medio. L'osservazione è ribadita più avanti (16): « En Angleterre, nous avons continué d'assister à la remarquable évolution

---

(13) L'opera è stata ripubblicata in edizione anastatica nel 1989, L.G.D.J., Paris, con una prefazione di Ronald Drago.

(14) Le citazioni sono tratte dalla II ed., Berger-Levrault, Paris 1896, molto più ricca della I ed., per la parte comparata.

(15) *Ibidem*, p. VII.

(16) *Ibidem*, p. VI.

qui achemine cet Etat vers une administration relativement centralisée ».

Successivamente (17), Laferrière descrive il sistema inglese di giustizia amministrativa. È singolare il fatto che un autore francese, scrivendo in data successiva a Dicey, dedichi il capitolo di uno studio sulla giurisdizione amministrativa all'Inghilterra. Questo è in completo contrasto con l'impostazione di Dicey, perché, per il professore oxoniense, non esisteva un diritto amministrativo e tanto meno una giustizia amministrativa in Inghilterra.

Laferrière conosceva la situazione inglese non direttamente da autori inglesi, ma attraverso Fischel, uno studioso tedesco tradotto in francese, von Gneist, altro studioso tedesco, e i francesi Glasson e Boutmy.

Ecco che cosa scrive Laferrière:

> les traits caractéristiques de ce système sont: la compètence générale de l'autorité judiciaire dans tous les cas où l'application de la loi est requise, aussi bien dans les litiges administratifs que dans les autres; le droit qui appartient au juge, saisi d'une plainte contre un acte illégal, et même contre une inaction fautive, d'addresser à l'administrateur des injonctions ou des défenses.

Più avanti (18), Laferrière torna sulla convergenza verso un regime amministrativo medio, che sarebbe iniziata negli anni Trenta, con gli allargamenti del suffragio:

> ses tendances peuvent être ainsi caracterisées: diminuer le nombre et le fractionnement des autorités locales et augmenter leurs attributions; séparer les fonctions d'administration active des fonctions de judicature; rattacher les autorités administratives locales au pouvoir central par un lien de surveillance et même d'autorité hiérarchique qui aboutit au Bureau de gouvernement local (Local Government Board), important organe d'unité et de centralisation administratives; attribuér à ce bureau une partie des pouvoirs de tutelle d'abord réservés au Parlement, et même des attributions contentieuses qui rappellent, dans beaucoup de cas, celles de la juridiction administrative.

Nei paragrafi successivi, Laferrière esamina le leggi nuove che tendono all'unità e alla centralizzazione amministrativa in Inghil-

(17) *Ibidem*, pp. 97, 99.
(18) *Ibidem*, p. 99.

terra. Studia il *Local Government Board*, che chiama *le Bureau du Gouvernement local*. Mostra i poteri estesi della magistratura inglese, e come questa si vada a collegare all'amministrazione, attraverso i c.d. *justices of peace*, che sono *magistrates*, non *courts*. Poi, analizza la responsabilità dei funzionari e il principio « the King can do no wrong », e, cioè, il principio della irresponsabilità dello Stato.

Come Dicey era colpito dalla garanzia amministrativa a tutela dei funzionari, e identificava il diritto amministrativo con questo privilegio, Laferrière era colpito dal sistema inglese per due aspetti, il processo di accentramento, simile a quello francese, e la distinzione tra amministrazione e giustizia, anch'essa nota ai francesi, dopo che le costituzioni del periodo post-rivoluzionario avevano stabilito che l'ordine giudiziario non può interferire nell'esercizio delle funzioni amministrative, abbandonando la commistione tra attività giudiziaria e attività amministrativa dell'*ancien régime*. Laferrière vedeva nei *justices of peace*, che svolgono sia attività amministrativa, sia attività giudiziaria, un vecchio principio del diritto amministrativo francese. Infine, l'irresponsabilità della corona, per un francese, non era istituto diverso dalla garanzia amministrativa. Tanto è vero che Lasky, Jennings e Robson, quando cominciano la critica a Dicey, osservano che questo non si era accorto che la responsabilità personale dava meno garanzie al cittadino che dovesse essere risarcito di quella dello Stato.

Dunque, Laferrière non discute neppure l'esistenza di un diritto amministrativo inglese. La caratteristica del sistema — egli osserva — è costituita da un forte governo locale. Esso è lentamente sottoposto al governo centrale, attraverso il controllo sugli enti locali. È vero che esiste un giudice unico dei conflitti pubblici e privati, ma, è vero altresì — continua — che esistono organi quasi contenziosi dell'amministrazione che ricordano la giurisdizione amministrativa.

Viene, poi, pubblicato — come ricordato più volte — il testo di Dicey, rispetto al quale si registrano due tipi di reazioni. Prima di esaminarle, va notata la differenza tra Francia e Italia. Nel nostro paese, la reazione è unica, di tipo adesivo. In Francia è doppia (di rifiuto, e di accettazione e critica). Questo contrasto è rilevante perché nelle contrapposizioni si formulano gli archetipi. E nella vicenda che stiamo cercando di dipanare non interessa l'Inghilterra,

o la Francia, o l'Italia, ciascuna per proprio conto, ma come si sviluppa l'idea che esistano due famiglie di ordinamenti, una senza il diritto amministrativo e una con il diritto amministrativo.

L'adesione acritica italiana accentua la posizione francese (sia quella di rifiuto, sia quella di accettazione polemica). Ma l'atteggiamento prevalente in Francia si fonda su una migliore conoscenza della situazione inglese, oppure su altre basi? Vedremo che vi è la prima componente in Jèze. Vi è una componente nazionalistica, in Hauriou, che riprende ed approfondisce la distinzione amministrazioni senza diritto amministrativo-amministrazioni con diritto amministrativo, per criticare le prime e far valere la tradizione francese. Dietro a questa contrapposizione c'è il contrasto tra le due maggiori potenze mondiali del secolo scorso. Per continuare il gioco degli scambi, va aggiunto che la nozione di regime amministrativo, sviluppata da Hauriou sulla base della distinzione ispirata da Dicey, sarà utilizzata in Italia come ulteriore conferma delle idee del professore oxoniense.

Jèze, dunque, nella prima pagina del suo manuale *Les principes généraux du Droit administratif* (19) afferma:

> le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics. Tout pays civilisé a des services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe nécessairement des règles juridiques spéciales. On peut donc affirmer que, dans tout pays qui est arrivé à la notion du service public telle que nous la dégagerons plus loin, c'est-à-dire dans tout pays civilisé, il y a un droit administratif.

Nella nota a piè di pagina, con humour francese, aggiunge:

> mon savant ami le professeur Dicey affirme qu'il n'y a pas, en Angleterre, de droit administratif (Introduction à l'étude du Droit constitutionnel). Cette étonnante proposition tient à la signification très étroite que le professeur Dicey donne à l'expression « droit administratif ». Sur la foi de Tocqueville, le prof. Dicey a longtemps cru que « droit administratif » signifiait « arbitraire administratif »; et, dès lors, il opposait complaisamment « l'arbitraire », le « droit administratif français », au règne de la loi (rule of law) en vigueur en Angleterre. Mon savant ami ne croit plus aujourd'hui que « droit administratif » et « arbitraire » soient synonymes. Mais il voit l'essentiel du droit administratif dans la situation particulière

(19) Giard, Paris, III ed., 1925; i brani citati non sono presenti nella I ed., Berger-Levrault, Paris, 1904.

des agents publics au point de vue de la responsabilité personnelle qu'ils peuvent encourir à raison de leurs actes officiels. C'est une partie du droit administratif, mais ce n'est pas la seule, ni même la plus importante. Encore une fois, le droit administratif est l'ensemble des règles spéciales relatives au fonctionnement des services publics. En Angleterre, comme dans tous les pays civilisés, ces règles spéciales existent; il n'est pas possible qu'elles n'existent pas. Et, dès lors, l'Angleterre a un droit administratif. Au surplus, voici deux théories spéciales — on pourrait en citer bien d'autres — destinées a faciliter le fonctionnement des services publics en Angleterre: I Régle de l'irresponsabilité du patrimoine administratif de l'Etat à raison de certains actes ou agissements. The King can do no wrong — II Certains agents publics ne peuvent être actionnés en justice à raison de leurs actes officiels: juges, constables, etc. — N'y eut-il pas d'autres règles spéciales, cela suffirait à démontrer que l'Angleterre a son droit administratif. Il est d'ailleurs bien regrettable que les Anglais croient n'avoir pas de droit administratif. Ils se sont jusqu'ici abstenus de nous faire connaître ces règles spéciales. Mais cela ne fait pas que ces règles spéciales n'existent pas. Les juristes étrangers ont cherché à systématiser ces règles (Cfr. Redlich, Le Gouvernement local en Angleterre, 2 volumes, édition française; Hatscheck, Englisches Verwaltungsrecht). Il se peut qu'ils aient commis quelques erreurs dans leur travail de synthèse; ce qui n'est pas douteux, c'est qu'ils n'ont pas eu de peine à trouver, en Angleterre, ce que, sur le continent, nous appelons « droit administratif ». Les Americains, à l'exemple des Anglais, ont cru aussi pendant longtemps qu'il n'y avait pas, aux Etats-Unis, de droit administratif. Ils ont fini par reconnaitre qu'il existait. Et à la difference des Anglais, ils ont rédigé des traités de Droit administratif américain. Voyez en particulier Goodnow, Les principes du Droit administratif des Etats-Unis, édition française Jèze, et l'abondante bibliographie donnée par cet auteur.

In Jèze vi è la sintesi del vagabondaggio tra nazioni che stiamo cercando di ricostruire: un autore inglese afferma che il diritto amministrativo, nel suo paese, non esiste. Sostiene questa tesi sulla base dell'autorità di Tocqueville. Gli inglesi lo seguono. I tedeschi che studiano l'Inghilterra, invece, ritengono che il diritto amministrativo esista, anche se non c'è il Consiglio di Stato e la centralizzazione non è forte come altrove. Gli americani, più ragionevoli degli inglesi, si accorgono dell'esistenza di un diritto amministrativo.

Altro aspetto interessante è quello temporale. Jèze scrive nel 1925, quando Dicey ha cambiato opinione, con una noticina sull'*Administrative law in England*. Ma più importante ancora è che, nel 1925, era già cominciata la reazione anti-diceyana dei tre più importanti studiosi di diritto pubblico inglese di questo secolo,

Harold Lasky, Ivor Jennings e William Robson, tutti e tre professori alla « London School of Economics » e legati al movimento fabiano. Jèze critica l'opinione di Dicey, ma questa aveva già avuto in Inghilterra reazioni molto forti ed addirittura era già stato pubblicato un libro intitolato *Administrative Law in England*.

Hauriou è stato, nella prima metà del secolo, lo studioso più importante del diritto pubblico francese, insieme con Duguit. Egli ha scritto e riscritto il corso di diritto amministrativo e quello di diritto costituzionale per cinquant'anni, per cui i diversi testi sono talora anche molto differenti, pur conservando lo stesso titolo.

Nel *Précis de droit administratif*, ottava edizione, del 1914 (20), Hauriou indica le prerogative del potere amministrativo, e, tra queste, il potere di coazione, chiamato *pouvoir de contrainte*. Successivamente, identifica il concetto di regime amministrativo, e, nel titolo del paragrafo 3, indica le modificazioni costituzionali che esso comporta, specialmente sotto il profilo della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario e della subordinazione della giustizia all'amministrazione.

Il passaggio più interessante è in nota (21). Qui, dopo aver citato Laferrière, Goodnow e Dicey, afferma:

> M. Dicey est le premier qui ait tenté de faire scientifiquement la comparaison entre le régime administratif français et le régime judiciaire anglo-saxon et il l'a fait avec un relief sasissant, mais peut-être n'a t-il pas posé la question sur son véritable terrain quand il a opposé le régime administratif au « règne de la loi ». Le régime administratif a la prétention d'être, lui aussi, le règne de la loi et c'est ce que nous verrons dans un istant. La vérité est qu'il faut opposer le régime administratif au régime judiciaire. Il s'agit dans les deux systèmes d'assurer l'application des lois, mais les uns préfèrent assurer cette application par le procédé administratif, les autres par le procédé judiciaire. Il est vrai que le procédé judiciarie étant dejà employé pour l'application des lois du droit privé et, cela, même dans les pays à régime administratif, le système administratif crée une division parmi les lois, les unes applicables par l'autorité judiciaire, les autres par l'autorité administrative; mais, si assurément, cela est une complication et si cela n'a pas la belle simplicité du juge unique de droit commun appliquant toutes les lois, il reste à savoir si cette complication ne présente pas, en definitive,

---

(20) Sirey, Paris, pp. 227 ss.; i brani citati non si rinvengono nelle edizioni precedenti.

(21) N. 1, p. 34.

plus d'avantages que d'inconvénients et ne permet pas une pénétration plus réelle de la loi dans les matières administratives, parce-que le procédé de pénétration est mieux adapté. M. Dicey est très frappé particulièrement de ce que les fonctionnaires françaises ne puissent pas être poursuivis librement devant les tribunaux ordinaires pour faits relatifs à leurs fonctions, mais il ne tient pas compte de cette circonstance qu'en France, là où la poursuite contre les fonctionnaires échoue, la poursuite contre l'administration en responsabilité pour faits de service réussit et qu'elle réussit dans nombre de cas où, en Angleterre, le juge ne pourrait pas condamner l'administration, dont la responsabilité n'est pas admise en principe, et ne condamnerait même pas le fonctionnaire, parce que la faute ne lui paraitrait pas suffisante. Au reste, le droit administratif contient autre chose que les questions de responsabilité et les auteurs américains commencent à reconnaitre qu'il est nécessaire pour régler convenablement les opérations administratives (Goodnow, *op. cit.*, p. 4).

Più tardi, nel *Précis de droit constitutionnel* (22), Hauriou fa un cenno ad argomenti (23) che aveva ampiamente sviluppato nell'undicesima edizione del 1927 del *Précis de droit administratif*:

tous les Etats modernes assument des fonctions administratives, mais tous ne possèdent pas le régime administratif. Assumer des fonctions administratives, cela signifie simplement pourvoir aux besoins de l'ordre public et assurer le fonctionnement de certain services publics pour la satisfaction des intérets généraux, ces fonctions sans les confier à un pouvoir juridique spécial, elles s'accomplissent alors sous le contrôle du pouvoir juridique ordinaire qui est le judiciaire. L'Angleterre est le type le plus achevé de ces Etats sans régime administratif; il y existe des services administratif faiblement centralisés, tous les agents sont placés sous le contrôle des tribunaux judiciares et, par la même, soumis aux lois ordinaires comme les simples citoyens; ils n'agissent vis-à-vis des administrés que par autorité de justice et la justice peut leur adresser des injonctions; s'ils sont poursuivis en responsabilité, ils ne sont couverts par aucune garantie administrative et ils ne possèdent aucune prérogative; il n'y a qu'une seule espèce de lois et, par conséquent, pas de lois administratives, une seule especе de juridiction et, par conséquent, pas de juridiction administrative; il n'est point besoin d'un Tribunal des conflits, puisqu'il n'y a qu'une seule espèce de juridiction; il n'y a pas d'autre autorité sur les citoyens que celle de la loi et du juge ordinaire, il ne s'y ajoute aucune autorité administrative.

Si noti che, per Hauriou, tutti gli Stati moderni assumono

(22) Sirey, Paris, II ed. del 1929.
(23) *Ibidem*, pp. 224 ss.

funzioni amministrative, ma non tutti possiedono un regime amministrativo. Affermazione opposta a quella di Jèze, per il quale tutti i sistemi amministrativi possiedono un diritto amministrativo.

Poi Hauriou continua affermando che lo Stato a regime amministrativo, di cui la Francia è il prototipo, ha la caratteristica di esser centralizzato; che l'amministrazione è incaricata della funzione del potere esecutivo; che gli impiegati sono sottoposti all'autorità gerarchica dei capi; che le autorità amministrative agiscono con decisioni che sono esecutive, cioè hanno potere di autotutela; che i cittadini non possono rivolgersi al giudice ordinario per ottenere ordini diretti agli impiegati; che gli impiegati sono coperti, nei confronti della responsabilità, da un regime che si chiama garanzia amministrativa; che non vi è una sola specie di legge, ma leggi ordinarie e leggi amministrative; che, per regolare i conflitti di attribuzione, c'è un tribunale dei conflitti; che, oltre all'autorità della legge e del giudice ordinario, vi è l'autorità del potere amministrativo. Queste sono le caratteristiche del regime amministrativo secondo Hauriou.

Più avanti (24) afferma:

> il ne faudrait pas croire que, seuls, existent dans le monde les deux types très tranchés du pays sans régime administratif à la mode de l'Angleterre et du pays à régime administratif à la mode de la France; au contraire, l'Angleterre et la France réalisent seules, chacune en son genre, leur type spécifique.

Poi (25), dopo aver menzionato la Francia, la Spagna, la Polonia e l'Italia, precisa:

> à l'autre pôle, comme pays restant fidèles au type absolu de l'administration judiciaire, sont tous les pays anglo-saxons, l'Angleterre et ses dominions et les Etats-Unis d'Amérique. Le critérium, ici, est encore double: d'une part, tous les tribunaux quels qu'ils soient sont soumis au contrôle de l'autorité judiciaire, et par conséquent, il n'y a pas de juridiction administrative véritable; même les commissions administratives spéciales que l'on pourrait prendre pour des tribunaux administratifs, telle, par exemple, la « federal trade commission » or l'« interstate commerce commission » américaines, sont obligées de faire valider leurs décisions par une cour de justice ordinaire pour que celles-ci soient exécutoires, ou bien, si elles ont le pouvoir de rendre exécutoires leurs décisions, voient celles-ci

(24) *Ibidem*, p. 3.

(25) *Ibidem*, p. 4, nota 1.

soumises à l'appel devant une cour de justice ordinaire. D'autre part, les cours de justice ordinaires interviennent dans l'administration active par différents « writs » et par des « bills d'injonction » addressés aux administrations: des « writs of mandamus, of prohibition, of certiorari », selon qu'il s'agit de faire ordonner, interdire ou réformer des actes; le « bill d'injonction », qui a pour but d'empêcher l'administration d'exécuter une décision illégale.

Più avanti ancora (26), afferma:

la comparaison de notre droit administratif français avec le droit d'équité anglais et de notre Conseil d'Etat avec une juridiction d'équité n'est pas néuve. Nous la trouvons courante sous le second Empire: « On dit souvent, rapporte Aucoc, que le Conseil d'Etat délibérant au contentieux est une juridiction d'équité ... », et, plus loin, il fait la comparaison avec les cours d'équité d'Angleterre. Elle a été reprise récemment avec una grande autorité par M. Dicey dans son *Introduction à l'étude du droit constitutionnel* (traduct. franç., 1902, p. 163 et s., 285 et s., 450 et s. 462 et s.). Ce qui appartient en propre à M. Dicey, c'est la remarque que le droit administratif français est fondé sur la « prérogative de l'administration ». Quant au rapprochement des deux idées, droit d'équité et droit fondé sur la prérogative, il n'en a peut-être pas vu lui-même toute la force en ce qu'il n'a pas accordé une réalité suffisante au contenu juridique de notre droit. Il n'est pas douteux que le droit administratif ne constitue un élargissement de l'empire du roi et ne résolve des questions que ne résout pas le droit commun. Cela est sensible dans la question des indemnités pour préjudice causé dans l'exécution des services publics. Notre droit administratif a pu assujettir l'Etat français à payer des indemnités, parce que l'Etat a paru se condamner lui-même volontairement. En Angleterre, le droit commun n'a pas pu assujetir l'Etat à payer des indemnités. Il y a là une lacune considérable qui a apparu dans des affaires de navires coulés par l'abordage de bâtiments de guerre. C'est ce qui nous fait dire que le régime du droit commun assujettit l'administration jusqu'à un certain point au delà duquel il la laisse hors du droit. Le droit administratif spécial va plus loin.

Come è agevole notare, si tratta di un autentico controcanto a Dicey. Hauriou sostiene la tesi che il diritto amministrativo non è un regime contrario al diritto o al di fuori del diritto, ma è sottoposto al diritto. Non garantisce tanto le prerogative dell'amministrazione, quanto i diritti dei cittadini.

Dunque, il diritto amministrativo tutela meglio i cittadini di quanto non li tuteli il diritto comune. Hauriou adopera lo stesso

(26) *Ibidem*, p. 35.

argomento usato da Dicey, quello della tutela dei diritti, per sostenere la tesi opposta.

Torniamo al testo del professore di Tolosa ([27]):

> la grande divergence entre le droit anglais et le droit français résulte de ce qu'en droit anglais le fonctionnaire a toujours été responsable des violations du droit individuel qu'il pouvait commettre, tandis qu'en droit administratif français, au début, il ne l'a pas été. Sans doute, depuis l'abolition de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, le fonctionnaire est chez nous responsable dans une certaine mesure, mais cette réforme s'est produit trop tard, le pli était pris, tout le besoin de représailles avait trouvé sa satisfaction dans le recours contre l'acte et dans les actions en indemnité contre l'administration. Historiquement, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et la garantie des fonctionnaires sont cause, au moins autant que le principe de la séparation des pouvoirs, de la canalisation de notre droit administratif dans la théorie de l'acte. Je ne crois point que cela ait été fâcheux. Pour son développement théorique, notre droit y a certainement gagné; au point de vue pratique, je ne sais pas si nous y avons perdu. Je considère la responsabilité des fonctionnaires, telle qu'elle est organisée en Angleterre, comme une bonne garantie constitutionnelle, mais comme un mauvais recours administratif, parce qu'elle est une trop lourde machine à remuer; elle peut servir à éviter les gros abus de pouvoir, mais elle ne vaut rien contre les bévues journalières de l'administration, c'est-à-dire qu'elle laisse sans sanction l'excès de pouvoir proprement dit et la faute de service. C'est donc une garantie constitutionnelle qui a été nuisible au développement des garanties administratives. Notre droit, au contraire, a su engendrer des garanties administratives pour la bonne gestion des affaires; il est vrai qu'il nous laisse exposés à quelques abus de pouvoir, mais nous verrons plus loin que l'on pourrait facilement remédier à ce défaut, et il faut bien savoir aussi que, dans une administration très développée, les bévues journalières sont un mal, qui, si on le laissait devenir chronique, serait très pénible.

Questo passaggio è di estrema importanza, perché spiega il diverso sviluppo del diritto amministrativo nel modello anglo-sassone e nel modello francese. Qui Hauriou suggerisce di considerare il posto del principio della responsabilità personale del dipendente, che esclude l'amministrazione. Questo ha fatto si che la difesa nei confronti dell'amministrazione si è scaricata nel processo che attiene alla responsabilità civile. Avendo la pubblica amministrazione francese tutelato il funzionario, che così non è responsabile, si è chiusa

([27]) *Ibidem*, p. 37.

questa strada. Allora, la reazione contro l'illegittimità della pubblica amministrazione ha trovato uno sfogo nel ricorso per annullamento. Questo rimarrà un'impronta indelebile nel diritto amministrativo, anche quando l'art. 75 sarà soppresso.

Qui sono contrapposti i due corsi della giustizia amministrativa, in Francia e in Inghilterra. La chiave di volta per la comprensione del diverso sviluppo del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa, in Inghilterra e in Francia sta proprio in questa contrapposizione. Da un lato, un sistema, quello inglese, che dà una buona garanzia al cittadino con la responsabilità personale del dipendente pubblico, perché questa è una remora alla commissione di illegittimità. Ma — osserva Hauriou — la responsabilità non è una vera remora: è importante per le grandi illegittimità; non per le piccole; e, principalmente, non serve a controllare le illegittimità che non comportano dei danni. Ecco, dunque, dall'altro lato, la bontà del sistema francese, che colpisce non il funzionario, ma l'amministrazione, non la persona fisica, ma il provvedimento.

Il tema interessava molto Hauriou, per cui lo riprende poco più avanti (28):

> cette construction juridique, si remarquable au point de vue technique et strictement administratif, que vaut-elle pour la liberté? Vaut-elle le régime anglais où il n'y a pas de droit administratif spécial ni de juridiction administrative, où l'administration est soumise au droit commun, autant du moins qu'elle est soumise au droit? Question grave et à laquelle, au premier abord, la réponse parait peu satisfaisante. Une puissance publique armée de prérogatives légales qui exécute toutes ses volontés d'une façon préalable, les réclamations des administrés n'intervenant que contre l'acte accompli sans pouvoir en arreter l'exécution; ces réclamations portées devant un juge spécial qui appartient à l'administration, au moins d'une façon latérale, et qui applique des règles posées en grande partie par des règlements administratifs; tout cela ressemble singulièrement au régime du bon plaisir ou du bon Tyran. Où est là dedans le droit individuel opposable et que devient la liberté? Ce juge administratif qui ne peut même pas contraindre l'administration à exécuter ses jugements n'est pas un juge, ce droit concédé n'est pas un droit, ce citoyen français qui, dans la vie privée, a des droits opposables, n'en a point dans la vie administrative et, là, n'est pas encore affranchi du servage. Ainsi raisonnent les constitutionels. Avant de discuter directement leurs griefs, observons de plus près les faits. En réalité, sauf certains ennuis provenant de la complication des compétences

(28) *Ibidem*, p. 39.

et des embûches des conflits, qu'il serait facile de faire disparaître, les Français, pour le train ordinaire des choses, ne souffrent point de leur régime administratif; ils n'ont point le sentiments que le Conseil d'Etat ne soit pas un juge, ou que les droits à indemnité qu'on leur reconnaît soient moins bons parce qu'on les leur concède. Je sais bien qu'il y a des peuples qui sont dans les fers « et qui ne s'en doutent pas », mais il y a aussi des jurisconsultes constitutionnels qui raffinent sur la liberté et se persuadent aisément qu'il n'existe qu'une espèce de garanties, alors qu'il y en a de beaucoup de sortes. Le Français sont très sensibles aux principaux avantages de leur système; il leur plait de pouvoir attaquer au contentieux tous les actes de l'administration sans exception, leur satisfaction est grande quand ils peuvent en faire annuller un et, d'ailleurs, il convient de reconnaître que, sans pouvoir y etre juridiquement contrainte, l'administration s'incline toujours spontanément devant l'autorité de la chose jugée; les Français ne dédaignent pas non plus les larges indemnités pécuniaires par lesquelles se compensent beaucoup des inconvénients de la puissance publique; enfin, il faut bien noter que l'on a admis, à la prérogative de l'administration, l'exception qu'il fallait pour la faire accepter d'une nation des petits propriétaires, la prérogative administrative cède devant la propriété privée, au moins quand il s'agit de dépossession définitive, le préalable passe ici du coté de la propriété et la juridiction administrative s'efface devant le juge de droit commun; on est aussi protégé contre l'arbitraire des règlements de police par cette règle que les tribunaux de droit commun, chargés d'en assurer l'application, ont le droit d'en apprécier la légalité ou l'illégalité. Il faut tenir compte de ces cotés pratiques du système, ils on pour nous plus d'importance que le plus ou moins de liberté avec lequel on peut poursuivre le fonctionnaire (lequel, d'ailleurs, est parfaitement poursuivable), puisque le fonctionnaire n'est rien et que son acte est tout.

Questa pagina di Hauriou è tutta in polemica con Dicey. Secondo il maestro di Tolosa, Dicey ha perduto di vista la differenza tra le forme di garanzia assicurate in Inghilterra e quelle assicurate in Francia. Il sistema francese appare come un sistema governato dall'arbitrio di un tiranno, la pubblica amministrazione. Invece, è quello che dà vere garanzie al cittadino, perché gli atti amministrativi possono essere annullati e perché si possono ottenere risarcimenti considerevoli, che il pubblico dipendente non può permettersi.

Passiamo al *Précis de droit constitutionnel* ([29]). Qui Hauriou illustra, nel capitolo secondo, il regno della legge (*le règne de la loi*) e comincia proprio parlando della *rule of law* in Inghilterra.

([29]) *Ibidem*, II ed., cit., p. 225.

Dopo aver precisato che il *common law* è essenzialmente una consuetudine, non una legge scritta (opinione erronea, perché il *common law* è, invece, diritto giurisprudenziale), osserva che lo Stato di diritto inglese presuppone l'assenza di un regime amministrativo. Non si comprende completamente il sistema inglese se non lo si oppone a quello degli Stati dell'Europa che possiedono un regime amministrativo. L'Inghilterra impiega — o, almeno ha la pretesa di impiegare — lo stesso diritto e lo stesso giudice nei confronti del potere pubblico dello Stato e nei confronti dei singoli, mentre i paesi a regime amministrativo non impiegano nei confronti del potere pubblico dello Stato né lo stesso diritto, né lo stesso giudice dei rapporti tra privati. In questa eguaglianza dello Stato-potere pubblico e degli individui davanti al diritto comune e al giudice, Dicey vede come una sorta di palladio mistico della libertà. Questo giudizio di Dicey — osserva Hauriou — è molto esagerato.

Facciamo un salto alla metà del secolo, a un autore della generazione successiva, André de Laubadère. Questi, nella seconda edizione del *Traité élémentaire de droit administratif* (30) sostiene:

> car cette question comporte un choix entre deux solutions possibles. On peut ou bien soumettre l'administration au même droit et aux mêmes juges que les particuliers, c'est-à-dire à un « droit commun » et un ordre unique des tribunaux judiciaires — ou bien créer pour l'administration et ses litiges avec les administrés un droit spécial et des tribunaux spéciaux. A ces deux solutions correspondent les deux grands types de systèmes administratifs modernes, le type anglo-saxon et le type français. I. Le type anglo-saxon. — L'Angleterre, les Etats-Unis n'ont pas, dit-on couramment, de droit administratif. Cela veut-il dire que l'administration n'y est pas soumise au droit? Nullement, c'est au contraire par un souci extrême de libéralisme, un parti pris de méfiance à l'égard du pouvoir administratif considéré comme susceptible en lui-même de menacer les libertés des individus que les Anglo-saxons répugnent à accepter l'idée du droit administratif. Ils entendent que les agents publics soient soumis au droit dans les mêmes conditions que les autres citoyens. C'est le « regne de la loi », la même pour tous et également au-dessus de tous. II. Le type français. — La conception dont le système français constitue « le type le plus achevé » (Hauriou) est au contraire basée sur l'existence d'un droit spécial applicable aux rapports dans lesquels l'administration est engagée et d'une juridiction spéciale pour juger les litiges nés de ces rapports. C'est

(30) L.G.D.J., Paris, 1958, pp. 25-26.

là que réside l'originalité du système français. La France connait ainsi un véritable droit administratif au sens d'un droit spécial, autonome, indépendant du droit civil.

Proviamo a fare il punto di questa analisi. Dalla lettura dei diversi testi si trae una prima conclusione: ogni società, ogni cultura costruisce una visione di sé stessa per opposizione a quella di altri paesi. Solo così si comprende perché ognuna delle idee esposte nasca e si sviluppi per opposizione. La cultura francese definisce le proprie qualità peculiari, cioè il cosiddetto regime amministrativo, per differenziazione dal regime di diritto comune. Hauriou è all'origine di questa costruzione singolare, che sarà seguita in Italia da Santi Romano e da Guido Zanobini. L'idea di una contrapposizione tra i due grandi sistemi nasce nel fuoco di una polemica tra Hauriou e Dicey. Ed essa è più che altro una contrapposizione culturale, perché i dati di diritto positivo sono sempre filtrati attraverso la cultura.

Può essere interessante, a questo punto, ritornare sull'osservazione di Jèze, relativa alla influenza di Tocqueville su Dicey. Lo studioso oxoniense aveva mosso i suoi primi passi nella ricerca quando le opere di Tocqueville erano letture d'obbligo. Ora, Tocqueville, da liberale e da studioso di sistemi comparati, aveva approfondito il tema della garanzia amministrativa introdotta nel 1800. Nei suoi contatti con i corrispondenti del mondo anglosassone, aveva scoperto che la necessità di una autorizzazione dell'amministrazione per portare in giudizio il funzionario amministrativo, proteggeva l'amministrazione, ma era uno strumento illiberale. Dunque, Tocqueville, che criticava la Francia riprendendo il punto di vista degli inglesi, dovette rafforzare l'idea inglese della bontà del sistema a diritto comune. Anche sull'altro lato della Manica, dunque, in modo forse più complicato, l'idea era nata per contrapposizione.

Resta a singolare testimonianza dello scarto tra cultura e istituzioni la circostanza che Dicey dovesse sviluppare l'archetipo inglese per contrapposizione a quello francese, sulla base di opinioni espresse da Tocqueville circa cinquanta anni prima e quando oramai, da quasi un ventennio, l'istituto francese della garanzia amministrativa era stato soppresso.

4. *Conclusioni (che ritornano alla vicenda generale).*

Proviamo a tirare qualche conclusione da questa analisi. La principale è che Inghilterra e Francia non ebbero, nel secolo scorso, due sviluppi storici fortemente differenziati, quanto uno sviluppo culturale che ha accentuato la differenziazione. Questa, dunque, sta più nella percezione dei fenomeni, nel modo in cui questi sono considerati dalla dottrina, che nella realtà dell'ordinamento giuridico. Questa ricostruzione, giuridicamente erronea come analisi del diritto positivo, acquisterà, però, importanza per introdurre e sviluppare istituti che prima non trovavano legittimazione. Se come teoria giuridica è sbagliata, sarà utile — più tardi — come mito giuridico, perché servirà a creare un nuovo diritto.

Della formazione del mito può darsi la seguente spiegazione in termini di storia delle idee.

La contrapposizione dei liberali puri francesi al liberalismo di impronta bonapartista convinse gli osservatori inglesi che il regime francese fosse illiberale. Questo venne identificato con il *droit administratif*, e, quindi, ad esso fu attribuito un carattere illiberale. La cultura inglese, per differenziarsi, accentuò gli aspetti differenziali dal proprio ordinamento giuridico e negò l'esistenza nell'isola del *droit administratif*. Gli autori inglesi, non contenti di questo, sostennero che, in realtà, il *droit administratif* era esistito in Inghilterra, ma nel periodo scuro della storia inglese, prima della *Glorious Revolution* del 1688 e della completa affermazione del Parlamento e delle *Courts*, creatrici del *common law of the land*.

Dunque, si può dire che, dal punto di vista genetico, questa idea nasce da un ceppo francese, si sviluppa in un tronco inglese e si ramifica, ampliandosi, in Italia e in Francia.

Più tardi, sul finire del secolo, sul conflitto liberalismo-liberalismo autoritario verrà ad innestarsi un altro, più forte, conflitto, quello tra liberalismo e socialismo. Ricordiamo alcuni dati. Primo: il libro di Engels sulla condizione della classe operaia in Inghilterra è contemporaneo ai lavori di Dicey. Secondo: il libro di Dicey su *Law and Public Opinion* fa la storia dell'interventismo statale in Inghilterra ed è tutto dominato dalla paura del collettivismo o socialismo, che rafforza lo Stato e limita i poteri dei proprietari e degli impren-

ditori, per consentire migliori condizioni di vita alla classe operaia. La moltiplicazione degli interventi statali — secondo Dicey — aumenta i poteri della pubblica amministrazione, derogatori al potere di diritto comune.

II.

DIRITTO E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE IN ITALIA

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO IN ITALIA DAL XIX AL XX SECOLO

1. Introduzione. — 2. Il modello francese e i caratteri originari di quello italiano. — 3. I principali periodi della storia amministrativa italiana. — 4. La formazione di un diritto amministrativo inteso come diritto speciale, diverso da quello privato, e della giustizia amministrativa, fino alla metà del XX secolo. — 5. Le tendenze opposte degli ultimi quarant'anni: sviluppo del diritto privato della pubblica amministrazione e dell'indipendenza del giudice amministrativo. — 6. La nascita e il primo periodo della scienza del diritto amministrativo. — 7. La svolta impressa, alla fine del XIX secolo, da Vittorio Emanuele Orlando e le tendenze principali degli studi fino ai nostri giorni.

1. *Introduzione.*

Questo scritto è diviso in tre parti. La prima tratteggia le principali fasi dello sviluppo delle amministrazioni pubbliche. La seconda illustra i principali caratteri storici del diritto amministrativo. La terza esamina lo sviluppo della scienza del diritto amministrativo.

Nella prima parte si cerca di rispondere a due domande: il sistema amministrativo italiano ha seguito il modello francese napoleonico? Quali istituti amministrativi e quali fattori caratterizzano le principali tappe dello sviluppo del sistema? Nella seconda parte, saranno considerati tre aspetti: la formazione di un diritto amministrativo come diritto speciale, diverso da quello privato; l'istituzione di un giudice speciale, competente a risolvere i conflitti tra amministrazione e cittadini; lo sviluppo della legislazione amministrativa.

Nella terza parte saranno presi in esame la nascita del diritto amministrativo nell'Ottocento, ad opera di Gian Domenico Romagnosi; la svolta impressa da Vittorio Emanuele Orlando agli studi di diritto amministrativo, alla fine dell'Ottocento; gli sviluppi della scuola italiana del diritto pubblico, fino ad oggi.

2. *Il modello francese e i caratteri originari di quello italiano.*

Di un'amministrazione italiana, in senso proprio, si può parlare a partire dal 1861-1871, quando le unità politico-amministrative della penisola, detti antichi Stati (e specialmente il Lombardo Veneto, il Ducato di Toscana, il Regno Pontificio e il Regno delle due Sicilie), furono unificate con la "conquista regia" da parte del Regno di Sardegna e del Piemonte.

Ora, sia per l'influenza francese del Piemonte, sia per la perdurante influenza francese sugli altri Stati (e specialmente sul Ducato di Parma e sul Regno delle due Sicilie), dovuta alla occupazione napoleonica, si è formata l'opinione, tuttora largamente consolidata, che l'amministrazione abbia seguito il modello francese-napoleonico.

In realtà, per un verso, le basi costituzionali delle due amministrazioni erano molto diverse. Basti considerare che, in Francia, dal 1848 vi era già il suffragio elettorale maschile (gli elettori erano dieci milioni, su trentacinque milioni di abitanti), mentre, in Italia, dopo l'unificazione, su venticinque milioni di abitanti, gli aventi diritto al voto erano solo mezzo milione e il suffragio fu allargato molto lentamente, per giungere a quello universale maschile solo nel 1921 (ma, poi, seguì il periodo fascista e si dovrà attendere il 1948 per il ritorno a libere elezioni).

Per altro verso, l'amministrazione italiana o adottò e subito abbandonò o non adottò i principi propri dell'amministrazione francese. Caratteristiche dominanti di questa furono quattro: l'uniformità amministrativa, una potente "élite" amministrativa, il "Conseil d'Etat", i prefetti.

L'uniformità, strumento di centralizzazione, e garanzia che tutte le parti della amministrazione si muovano all'unisono, fu adottata anche in Italia, estendendo le istituzioni amministrative piemontesi su tutto il territorio e, così, sostituendo quelle degli Stati preunitari. Ma — come vedremo — fu abbandonata, appena un ventennio dopo, con le leggi e gli istituti speciali per le zone sottosviluppate.

L'eccezionale cura posta da Napoleone nella scelta degli alti gradi dell'amministrazione, la istituzione di "grands écoles" per la formazione della "haute fonction publique", la complessità della amministrazione centrale (undici ministeri, ripartiti in direzioni

generali; una "Secretairerie d'Etat", con compiti di coordinamento), non trovano alcun riscontro nella amministrazione italiana.

Quanto al Consiglio di Stato italiano, esso ha il nome del suo omologo francese. Ma la sua attività consultiva non avrà il peso di quella del "Conseil d'Etat", che Napoleone considerava vero organo direttivo dell'amministrazione. E le funzioni giurisdizionali saranno ad esso attribuite nel 1899, mentre il "Conseil d'Etat" le svolgeva di fatto, con grande autorevolezza, dal 1806 e, anche di diritto, dal 1873.

Per Napoleone, il prefetto era al centro dell'amministrazione periferica ed aveva un controllo totale su di essa. Tutte le amministrazioni "esterne" (come si dice in Francia), cioè gli uffici periferici dello Stato, sono sotto il suo controllo; egli è l'unico tramite tra di essi e i ministeri; sorveglia le amministrazioni locali. Anche il prefetto italiano è il rappresentante del governo in periferia. Ma perde ben presto il controllo degli uffici periferici statali. Per cui si è detto che quello francese è un sistema prefettizio integrato, mentre quello italiano è duale o meglio pluralizzato (vi sono tanti uffici periferici quanti sono i centri di cura di interessi pubblici nella capitale, i primi dipendenti direttamente dai secondi).

Dunque, il modello francese in parte non fu seguito, in parte fu seguito, ma subito abbandonato.

3. *I principali periodi della storia amministrativa italiana.*

Esaminati i suoi caratteri originari passiamo, ora, in rassegna i principali periodi della storia amministrativa italiana.

Il primo periodo è quello che va dal 1861 al 1885 circa. Questo è caratterizzato da un'amministrazione monistica, ordinata unitariamente intorno al governo. Viene adottato il modello cavouriano (1853), secondo il quale l'amministrazione è composta di ministeri (in numero di nove), a capo dei quali vi è il ministro, membro del corpo politico (perché legato al Re e al Parlamento) e vertice dell'amministrazione, responsabile sia della direzione, sia della esecuzione: "i ministri provvederanno all'amministrazione centrale dello Stato per mezzo di uffici posti sotto l'immediata loro direzione" disponeva la legge 23 marzo 1853, n. 1483. Dal ministro dipende il segretario generale, anche egli membro del corpo politico,

che fa da tramite tra il ministro e la burocrazia ministeriale, organizzata in divisioni. La pubblica amministrazione si riassume nei ministeri.

Al vertice dell'amministrazione, vi è il Presidente del Consiglio dei ministri, che è anche Ministro dell'interno, e, in tal modo, tiene il controllo dell'amministrazione.

Molto ristretta è l'amministrazione ministeriale (50 mila dipendenti senza uno "statuto" e con poche garanzie), i cui vertici sono costituiti prevalentemente da piemontesi (piemontesizzazione dell'amministrazione). Né vi è una netta separazione tra politica e amministrazione, per cui vi è un frequente passaggio dall'uno all'altro campo (cosiddetta osmosi tra politica e amministrazione). L'ordinamento finanziario della amministrazione è retto dalla legge Cambray-Digny (1869), secondo la quale, in ogni ministero, alle dipendenze del ministro, oltre al personale del ruolo amministrativo, vi è quello del ruolo contabile, operante nella Ragioneria centrale.

Il prefetto ha un posto centrale in periferia: è organo politico-amministrativo (molti prefetti provengono dai ranghi politici o si danno, poi, alla politica). Tiene i rapporti col centro. L'amministrazione statale periferica dipende da lui. È lui che controlla le amministrazioni locali. In compenso, è alla mercé del Ministro dell'interno, che può licenziarlo discrezionalmente.

Nemmeno l'amministrazione locale è autonoma. Nei comuni (in numero di 7700), il sindaco è nominato dal governo, su proposta del prefetto. Il consiglio comunale è eletto su base di suffragio ristrettissimo. Ogni atto deve essere approvato dal prefetto o dal governo. Le province sono presiedute da un organo governativo. Il consiglio eletto da un numero ristretto di elettori. La deputazione (l'organo esecutivo) solo parzialmente elettivo. Gli impiegati che vi lavorano sono impiegati dello Stato.

Il secondo periodo (1885-1923) è quello in cui l'amministrazione italiana subisce i mutamenti più significativi. Crispi, nel 1888, introduce la figura del sottosegretario, sull'esempio inglese, con compiti delegati, di volta in volta, dal ministro (il segretario generale, invece, aveva attribuzioni proprie). L'abolizione del segretario generale spinge a istituire organismi intermedi, tra gruppi di divisioni e ministro; dal 1888 alla fine del secolo, si diffondono le direzioni generali.

Si rafforza, al vertice, l'unione Presidente del Consiglio dei ministri-Ministero dell'interno, specialmente con Giolitti, che manovra abilmente i prefetti.

L'amministrazione diventa di maggiori dimensioni a causa dell'aumento delle funzioni: alla fine di questo periodo, ha mezzo milione di dipendenti, i quali, nel 1919, ottengono la cosiddetta progressione a ruolo aperto (avanzamento nella carriera, per anzianità o merito, senza che vi sia bisogno della disponibilità di un posto in organico); si lamenta l'elefantiasi e l'ipertrofia burocratica; aumenta il numero dei ministeri (che passano a tredici, specialmente per l'aumento dei ministeri economici). Ai ministeri si aggiungono le aziende autonome (la prima è quella delle Ferrovie dello Stato).

Oltre all'aumento del numero dei dipendenti, altri due fenomeni si registrano nel personale amministrativo. Diminuisce la presenza dei piemontesi ed ha inizio la progressiva meridionalizzazione, sotto la spinta di una piccola borghesia affamata di impieghi. Si affaccia e si diffonde il sindacalismo amministrativo. Sotto la pressione di questi fattori, Giolitti, nel 1908, concede il primo "statuto" agli impiegati statali. Con questo, comincia a cambiare la posizione del funzionario, di cui vengono garantiti alcuni diritti.

È in questo periodo che — come già accennato — il prefetto perde il controllo dell'amministrazione statale periferica: uffici come l'Intendenza di finanza o i Provveditorati agli studi restano alle dipendenze dirette dei relativi ministeri (rispettivamente, finanze e pubblica istruzione). Lo stesso accade per altri uffici statali periferici. Ed è in questo periodo che si rompe l'uniformità amministrativa: le leggi per Napoli, la Sicilia, la Sardegna, la Basilicata (dal 1885 al 1906) istituiscono procedure ed organi speciali, proprii di quelle zone.

Fiorisce la vita locale. La base elettorale dei comuni (in numero di 9144 nel 1921) si allarga; sindaco e presidenti della Deputazione provinciale divengono elettivi, le forze socialiste e cattoliche entrano nei consigli elettivi locali; si sviluppano aziende municipalizzate, macelli pubblici, scuole, ambulatori, istituti di assistenza locali, ecc.

Il terzo periodo (1923-1948), dominato, nella storia costituzionale, dall'autoritarismo e concluso dalla Costituzione repubblicana e democratica, vede, ciononostante, affermarsi il pluralismo amministrativo.

Per un verso, l'unità di vertice Presidente del consiglio dei ministri-Ministro dell'interno si rafforza, con i maggiori poteri dati al Capo del governo (1926). L'ordinamento del personale, la cui provenienza meridionale si accentua, viene regolato secondo un ordine gerarchico di gradi e stipendi, preso a prestito dall'ordinamento militare (1923). L'ordinamento finanziario viene, a sua volta, mutato dal De Stefani, nel 1923, togliendo le Ragionerie centrali dalle dipendenze di ciascun ministro e ponendole alle dipendenze della Ragioneria generale dello Stato (allora parte del Ministero delle finanze). L'opera viene completata nel 1939 dal Thaon di Revel. In tal modo, vengono, da un lato, imbrigliati personale e finanza; dall'altro, poste le premesse per l'assunzione, da parte del Ministero di controllo della spesa (finanze e, poi, tesoro), del ruolo di guida dell'amministrazione.

Per altro verso, il centro si pluralizza, con la diffusione degli enti pubblici nazionali, formula già sperimentata precedentemente, ma adoperata ampiamente negli anni trenta (basti pensare all'Istituto per la ricostruzione industriale — I.R.I., del 1933). Grande diffusione ottiene anche la formula della società privata con partecipazione statale (ad esempio, l'Azienda generale italiana petroli — A.G.I.P., che è del 1926).

Nella stessa periferia, il prefetto perde terreno, sia per il peso acquisito dal "federale" del Partito nazionale fascista, sia per la nomina governativa del Podestà (questo il nome dato al sindaco) e del Presidente della Provincia, sia, infine, per l'erosione delle funzioni comunali e provinciali di organi statali. I comuni, ridotti a 7310 (nel 1931), eliminata l'elettività degli amministratori, vengono regolati dal testo unico del 1934, che codifica il loro ruolo minore.

Nel terzo periodo (1948-1970), la costituzione democratica, anche se non rappresenta una soluzione della continuità storica tra amministrazione fascista e amministrazione postfascista, accentua il pluralismo amministrativo.

La concentrazione, al vertice, dei poteri di Presidente del Consiglio dei ministri e di Ministro dell'interno cessa nel 1947, con la fine del terzo governo De Gasperi. Il numero dei ministeri passa prima a 18, poi a 20. Aumentano le funzioni pubbliche, specialmente nel settore scolastico (del 1962 è la scuola media dell'obbligo). Si accentua la difformità amministrativa con l'istituzione della

Cassa per opere straordinarie nel mezzogiorno (1950). Il personale amministrativo statale raggiunge i due milioni. Si accentua la meridionalizzazione (90 per cento dell'alta dirigenza proviene dal Sud). Nel 1957 viene emanato il terzo "statuto" del personale, con il "testo unico delle leggi sull'impiego civile con lo Stato".

Continua ed, anzi, si accentua la pluralizzazione del centro, con enti quali la Cassa per il mezzogiorno (1950, sostituita, più tardi, nel 1986, dall'Agenzia per la promozione dello sviluppo del mezzogiorno), l'Ente nazionale idrocarburi — E.N.I. (1953), l'Ente per il finanziamento dell'industria manufatturiera — E.F.I.M. (1962), l'Istituto di studi per la programmazione economica — I.S.P.E. (1967), la Commissione nazionale per le società e la borsa — Consob (le leggi ad essa relative vanno dal 1974 al 1985), l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private — I.S.V.A.P. (1982), l'Ente ferrovie dello Stato (1985), ecc. Proporzioni cospicue raggiungono le partecipazioni statali, che, nel 1956, vengono inquadrate in un apposito ministero.

Continua, in periferia, l'erosione dei poteri del prefetto, che conserva soltanto il controllo dell'attività amministrativa di province e comuni. 14 dei 20 ministeri hanno propri uffici periferici, alcuni di notevole complessità. Comuni e province (i primi tornano al numero di 8032), amministrativamente deboli, con il ripristino dell'elettività degli amministratori, divengono politicamente forti. Come apparati amministrativi i loro campi di attività si espandono, ma i loro compiti sono sempre più condizionati dal centro.

Nell'ultimo periodo (a partire dal 1970), si registra un ulteriore ampliamento delle funzioni statali, specialmente con la costituzione del Servizio sanitario nazionale (1978). Con la costituzione del Ministero dell'ambiente (1986), e di quello dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica (1989) i ministeri diventano 22. Ma ad essi bisogna aggiungere almeno i Dipartimenti della funzione pubblica (1983) e per il mezzogiorno (1986-87), che sono veri e propri apparati ministeriali. Nel 1972, viene istituita la dirigenza, nel 1980 introdotte le qualifiche funzionali e, nel 1983, generalizzata la contrattazione delle condizioni di lavoro e del trattamento economico del pubblico impiego. I dipendenti statali raggiungono 2 milioni e 300 mila unità. Il totale dei dipendenti (pubblici e privati)

da organismi in controllo pubblico raggiunge circa 5 milioni di unità.

Pur rimanendo fermo l'ordinamento finanziario pubblico complessivo, dopo un primo ritocco (legge Curti, del 1964), nel 1978 subisce un mutamento radicale la materia dei bilanci pubblici. Nel 1970, vengono eletti i consigli delle 15 regioni a statuto ordinario. Nel 1972, vengono ad esse traferite alcune funzioni pubbliche non solo statali, ma anche di enti pubblici nazionali. Nel 1977, viene completato il trasferimento. Ma solo 4 dei 20 ministeri subiscono cambiamenti di qualche importanza. Con circa 70 mila dipendenti (2 per cento del personale del settore pubblico), le regioni amministrano il 12 per cento della spesa del settore pubblico.

Nel corso dei 120 anni dall'unificazione, l'amministrazione italiana, è, dunque, cresciuta: nel 1860 vi era un dipendente pubblico ogni 145 abitanti; nel 1980, uno ogni 11 abitanti. L'amministrazione statale ha visto moltiplicarsi i ministeri, mentre la loro struttura di base rimaneva immutata. La dirigenza amministrativa si stacca lentamente da quella politica. Oltre lo Stato, si sono sviluppati gli enti pubblici, che, per il loro peso, sono più grandi dello Stato e sono in grado di contrapporsi ad esso. La periferia ha acquisito un peso in origine inimmaginabile.

Ma questo peso, nel Nord, si svolge attraverso poteri regionali e locali vitali; il Sud, dove tali poteri sono debolissimi, fa sentire la sua voce attraverso la sua presenza, ormai preponderante, nell'impiego pubblico, dai vertici amministrativi, alle poste e alle ferrovie.

4. *La formazione di un diritto amministrativo inteso come diritto speciale, diverso da quello privato, e della giustizia amministrativa, fino alla metà del XX secolo.*

Se il sistema amministrativo italiano non ha importato il modello organizzativo francese, si può, dire, tuttavia, che esso abbia adottato il diritto amministrativo, considerato un prodotto tipicamente francese ed opposto a quello inglese, dove, secondo un'opinione largamente condivisa, almeno fino agli anni '20 del nostro secolo, non vi è stato un diritto amministrativo e l'amministrazione era sottoposta al "common law"?

Consideriamo i tre elementi: formazione di un diritto ammini-

strativo inteso come diritto speciale, diverso da quello privato; istituzione di un giudice speciale dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione; sviluppo della legislazione amministrativa.

Il primo dei tre aspetti porta all'esame degli orientamenti prevalenti nella scienza giuridica e della giurisprudenza, non essendo la formazione di un diritto speciale dell'amministrazione il prodotto necessario di tendenze normative. In Italia, vi erano norme speciali per l'amministrazione pubblica, ma non in misura tale da costituire, da sole, un supporto alla tesi "pubblicistica". Per almeno un ventennio dopo l'unificazione politico-amministrativa, prevalgono le qualificazioni privatistiche, mentre gli elementi pubblici restano come frammenti o in secondo piano. Di conseguenza, il rapporto di impiego pubblico è considerato come un contratto di locazione; l'espropriazione assimilata alla vendita; l'atto amministrativo non viene considerato come imperativo; la proprietà dell'amministrazione è considerata come quella di un privato, ritenendosi impropria persino l'espressione proprietà pubblica; viene esclusa l'autotutela amministrativa, dicendosi che, specialmente per l'esecuzione forzata, il principio della divisione dei poteri impone il ricorso al giudice.

Più tardi, a partire dal penultimo decennio del secolo, si registra una svolta. Si lamenta che il diritto privato ostacola l'indipendenza della funzione amministrativa e finisce per consentire privilegi ai privati più forti. Si accentuano, di conseguenza, le qualificazioni pubblicistiche e unilateralistiche. Si afferma che tutto quello che lo Stato fa, lo fa come potere pubblico, dotato della forza, capace di farsi ragione da sé. Si afferma, così, lentamente, fino agli anni Venti del nostro secolo, l'idea che la responsabilità, l'impiego, il contratto, la proprietà, ecc. se riferite all'amministrazione, sono sottoposte a regole speciali, diverse da quelle private, non fondate sul presupposto della equivalenza delle parti, che costituiscono, appunto, il diritto amministrativo. Di conseguenza, questo viene inteso solo ed esclusivamente come un ramo del diritto pubblico.

Un andamento similare ha la giustizia amministrativa. Gli Stati preunitari, dopo l'invasione napoleonica, avevano un sistema di contenzioso sul modello francese. Spazzato via dalla restaurazione, viene in molti Stati reintrodotto. Ma, dopo l'unificazione, nel 1865, il Parlamento, convinto dai principi liberali d'ispirazione belga e

dall'idea che l'amministrazione non sia diversa da un privato, davanti al giudice, abolisce il contenzioso amministrativo. Giudice dei diritti diviene l'autorità giudiziaria ordinaria. Così, però, gli interessi legittimi non hanno un giudice. E il giudice ordinario segue un orientamento di "self-restraint". Anche per questo, con legge del 1889, perfezionata nel 1907, al Consiglio di Stato (prima solo organo consultivo per i ricorsi straordinari al Re e organo di soluzione dei conflitti di attribuzione) viene affidata la competenza a decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge contro atti amministrativi aventi ad oggetto interessi legittimi. Nel 1923, al giudice amministrativo viene attribuita, per talune materie (fondamentale quella del pubblico impiego), la giurisdizione anche per lesione di diritti soggettivi. Nel 1971 e nel 1977 tale ultima giurisdizione, detta esclusiva, viene ulteriormente ampliata.

Terzo aspetto da considerare è quello della legislazione relativa all'amministrazione. Qui è importante rilevare la relazione tra accumulo delle leggi e differenziazione del diritto amministrativo. In questo senso, il diritto amministrativo è figlio del cosiddetto interventismo pubblico, diretto a ridurre le diseguaglianze tra i cittadini.

La prima fase della legislazione è quella che va dal 1861 al 1888. Unificati gli ordinamenti, vengono emanate leggi sulle opere pie (1862), sulla Corte dei Conti (1862), sull'espropriazione (1865), sui conflitti di attribuzione (1877), sulla contabilità (1884). Ma, in questo periodo, è fondamentale la legge 20 marzo 1865, n. 2248, sull'"unificazione amministrativa del Regno", contenente norme su comuni e province, pubblica sicurezza, sanità, Consiglio di Stato, contenzioso amministrativo, lavori pubblici. Questa legge è improntata a spirito liberale (nel senso di Dicey). Ad esempio, nell'abolire il contenzioso, fa cadere l'autotutela esecutiva (e cioè il potere della pubblica amministrazione di dare esecuzione, anche mediante il ricorso alla forza, alle proprie pretese), regolandone l'uso in casi eccezionali.

La legislazione crispina, che segue, regola le stesse materie, estendendosi a comuni e province (1888), sanità (1888), pubblica sicurezza (1889), Consiglio di Stato e Giunte provinciali amministrative (1889), istituzioni di beneficienza (1890).

È con la fine dell'Ottocento e gli inizi del nuovo secolo che, oltre ad attuarsi nuovi interventi in materia sanitaria (1907), di giustizia

amministrativa (1907), di comuni e province (1908 e 1915), vengono adottate norme sul pubblico impiego (1908 e 1919), sulla previdenza (1898), sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (1913), sulle ferrovie (1903), sulle aziende municipalizzate (1903), sulle acque (1916).

A partire dal 1923, si susseguono norme relative a campi diversi dell'amministrazione: impiego pubblico (1923), assicurazioni (1923), servizi telefonici (1923), trasporto aereo (1923), prefetti (1926), miniere (1927), radiodiffusione (1927), pubblica sicurezza (1931), interventi di salvataggio e Istituto per la ricostruzione industriale-I.R.I. (1933), acque pubbliche (1933), comuni e province (1934), sanità (1934), navigazione marittima (1936), controllo delle banche (1936), ammassi dei prodotti agricoli (1937), controllo degli impianti industriali (1939), commercio con l'estero (1939), ecc.

Questo, in sintesi, lo sviluppo del diritto amministrativo fino alla metà del nostro secolo. Resta aperto un interrogativo: perché il cambiamento di rotta, negli ultimi due decenni del secolo scorso? Vi è chi ne indica le ragioni nella diffusione di ideali autoritari, corrispondente ad una più generale svolta conservatrice della cultura giuridica e politica; chi preferisce spiegarlo con il desiderio di porre la amministrazione al riparo della pressione degli interessi privati più forti; chi pensa che solo un'amministrazione più forte, dotata di poteri speciali, potesse tutelare gli interessi sociali sottoprotetti e solo un giudice amministrativo riuscisse a garantire interessi che non potevano trovare ascolto presso il giudice ordinario.

5. *Le tendenze opposte degli ultimi quarant'anni: sviluppo del diritto privato della pubblica amministrazione e dell'indipendenza del giudice amministrativo.*

Negli ultimi quarant'anni, si registra, però, una tendenza opposta, che porta il diritto amministrativo italiano lungo una linea di sviluppo convergente con quella dei paesi anglo-sassoni. Vi è, in primo luogo, un forte sviluppo delle amministrazioni privatistiche, ordinate secondo le prescrizioni del codice civile (ad esempio, società private con partecipazione pubblica) e delle attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche (per esempio, contrattazione).

Rispetto alla seconda metà dell'Ottocento e persino agli anni Trenta del nostro secolo, il diritto amministrativo è un diritto meno speciale, composto da due parti, una disciplina propria e una comune anche ai privati, di cui è ormai difficile dire quale sia prevalente. Per cui è superata l'affermazione tradizionale secondo la quale la sfera dell'ordinamento dello Stato, che costituisce il suo diritto pubblico, si divide in vari rami, uno dei quali ha per oggetto specifico la pubblica amministrazione e perciò prende il nome di diritto amministrativo.

Questa commistione di diritto pubblico e di diritto privato nel diritto amministrativo ha prodotto e produce molti equivoci perché la "summa divisio" non è solo uno dei più consolidati luoghi comuni scientifici, ma anche oggetto di diffusi miti giuridici.

Come sempre in questi casi, occorre affrontare i singoli problemi con l'analisi. Ad esempio, quella che viene diffusamente denominata privatizzazione di società con partecipazione statale, non è tecnicamente tale, perché le società sono private. Ciò che cambia è solo il comando, che da pubblico (ad esempio, dell'I.R.I. — Istituto per la ricostruzione industriale), diventa privato.

Quindi, le cosiddette privatizzazioni italiane non possono essere accomunate a quelle inglesi, dove vi è per lo più una trasformazione di enti pubblici ("public corporations") in società private ("limited companies").

Altro esempio è quello del frequente innesto di regole pubblicistiche in organismi privati. Ad esempio, l'estensione alle federazioni sportive (che sono, con qualche eccezione, associazioni private non riconosciute), di norme di contabilità proprie degli enti pubblici. In questo caso, il soggetto rimane privato, ma viene sottoposto a una disciplina dell'attività propria di organismi pubblici.

Un terzo esempio è quello della Commissione per le società e la borsa — Consob. Questo ente, per proteggere il risparmio del pubblico, adotta modelli ai quali i privati debbono uniformarsi nell'informare il pubblico (detti "prospetti"), quando chiedono l'ammissione alle quotazioni di borsa o alle negoziazioni nel mercato ristretto o l'autorizzazione alla sollecitazione del pubblico risparmio. In questo caso, si è in presenza di un soggetto pubblico, che adopera provvedimenti prescrittivi e, quindi, pubblici. Ma lo fa non per curare un interesse statale o pubblico, bensì per tutelare un interesse privato,

della collettività, che diviene pubblico solo di riflesso, mediatamente. Quarto esempio: sempre più frequentemente, le amministrazioni pubbliche, al loro interno, ricorrono a moduli organizzativi di tipo privatistico, come quelli contrattuali quali, ad esempio, accordi. E fanno ciò nello svolgere attività e nel curare fini di diritto pubblico.

In questo caso, amministrazioni pubbliche utilizzano istituti privatistici in funzione di interessi pubblici.

I quattro esempi ora fatti mostrano quanto complessi sono i rapporti, nel diritto amministrativo, tra diritto pubblico e diritto privato. Amministrazione e diritto pubblico sono due realtà che coincidono soltanto in parte, perché l'amministrazione non può più funzionare nel quadro tradizionale del diritto pubblico. E mostrano anche che diritto pubblico e diritto privato non influenzano soltanto la qualità del soggetto (pubblico o privato) o la qualità del suo agire (contratto o atto amministrativo), ma indicano una diversa natura del soggetto o un diverso potere di gestione (come nel primo caso), o una diversa disciplina regolatrice dell'attività (come nel secondo caso), o interessi diversi (come nel terzo esempio), o moduli organizzativi diversi (come nel quarto caso).

Quanto al secondo elemento prima indicato, il giudice speciale, si può dire che esso ha assunto un'importanza crescente, sia grazie all'estensione delle materie che può esaminare, sia grazie ai raffinati strumenti di controllo messi a punto « standards ». Ancor più rilevante della crescente importanza del giudice amministrativo, è la crescita della sua indipendenza dall'esecutivo. Esso non fa parte dell'ordine giudiziario. Tuttavia, la scelta ordinaria dei magistrati è fatta attraverso concorso. Essi sono circondati da garanzie analoghe a quelle dei giudici ordinari, e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, costituito presso il Consiglio di Stato, opera come organo di garanzia dell'indipendenza dei giudici.

In terzo luogo, anche per effetto di quella che viene chiamata "invasione della legge" in ogni campo del diritto e della conseguente "Verrechtlichung" (giuridificazione) dei rapporti sociali, il posto della legge rispetto all'amministrazione è mutato. Divenuti gli ordinamenti politici pluriclasse, con il suffragio universale, ogni interesse trova la sua voce in Parlamento e si moltiplicano le leggi che regolano le amministrazioni pubbliche. Così ogni attività privata trova una corrispondenza in una qualche pubblica amministrazione.

Le amministrazioni aumentano di numero e spesso confliggono, rappresentando interessi sociali in conflitto.

Gli interessi pubblici replicano all'interno delle amministrazioni pubbliche (o tra le amministrazioni pubbliche) i conflitti che si presentano nella società. Ad esempio, il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato promuove e incentiva lo sviluppo di centrali nucleari. Quello dell'ambiente salvaguarda e tutela l'ambiente dagli inquinamenti prodotti dalle centrali. Quello della protezione civile previene e protegge per i grandi rischi che ne possono derivare. Tutti questi interessi, produttivi e protettivi, sono regolati da legge e attribuiti ad amministrazioni pubbliche.

A questo punto, il principio di legalità non basta più. Se non c'è una "super legge" o, più semplicemente, se le leggi non stabiliscono un ordine di priorità, occorre far ricorso a qualcosa d'altro.

Si moltiplicano i diritti speciali nel diritto amministrativo (diritto amministrativo dei servizi pubblici, comunale, di polizia, dell'economia, dell'amministrazione sociale, delle costruzioni e del territorio, dell'ambiente, delle strade e dei trasporti, delle acque, scolastico, della scienza e della ricerca, della stampa e delle radiodiffusioni, della difesa, internazionale), al punto che si distingue un diritto amministrativo generale dai diritti amministrativi speciali. Si riconosce che il principio di legalità attiene all'attività amministrativa autoritativa, non a quella di diritto privato.

Questo mutamento non è soltanto quantitativo, ma anche qualitativo. Con la trasformazione dei poteri costituzionali da monoclasse in pluriclasse, infatti, sono adottate sempre più leggi dirette ad assicurare l'eguaglianza in senso sostanziale tra i cittadini. Queste leggi chiamano le amministrazioni a garantire tale eguaglianza, erogando servizi quali quello scolastico, quello sanitario, quello della sicurezza sociale, ecc. L'amministrazione, quindi, che prima era principalmente in funzione del governo, è, ora, principalmente, in funzione dei cittadini.

Infine, venute a cessare le ragioni d'essere del liberalismo e del positivismo, si riconosce che il diritto amministrativo non è solo il diritto (e cioè le leggi) al quale la pubblica amministrazione è sottoposta, ma anche quello che la pubblica amministrazione produce, nonché quello creato dal giudice (l'uno e l'altro essendo i maggiori produttori di norme).

6. *La nascita e il primo periodo della scienza del diritto amministrativo.*

Finora, abbiamo esaminato la storia delle amministrazioni pubbliche e quella del diritto amministrativo. Ma è anche importante esaminare come si è sviluppato lo studio dell'amministrazione, che è opera pressoché esclusiva dei giuristi (scienza del diritto amministrativo).

La scienza del diritto amministrativo nasce nella prima metà dell'Ottocento, con l'opera sui "Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni" (1814) di Gian Domenico Romagnosi (1761-1835). Pensatore di ispirazione democratica e influenzato dalla cultura francese, Romagnosi è un eclettico e studia scienze diverse, tra cui la statistica (che rimase, poi, molto a lungo legata allo studio del diritto), senza riuscire a dare un fondamento scientifico sicuro allo studio del diritto amministrativo e, anche per le difficoltà del periodo in cui vive, a costituire una scuola. Per cui resta un pensatore isolato.

Dalla metà del secolo al 1889, vi è un forte sviluppo della scienza del diritto amministrativo, con notevoli studiosi, ma senza una scuola o un orientamento unitario. I giuristi di quest'epoca vengono, quindi, convenzionalmente, definiti preorlandiani. Sono principalmente (tra parentesi la data della loro opera maggiore di diritto amministrativo): G. Manna (1839-1842), F. Persico (1866), G. De Gioannis Gianquinto (1877-1881), L. Meucci (1879), G. Mantellini (1879-1882).

La scienza del diritto amministrativo, in questi anni, viene ancora considerata, da molti, parte del diritto privato. Essa è d'ispirazione francese. Ha un impianto teorico debole, oscillando spesso tra pura esegesi ed eccessi filosofici. Ha problematiche molto più vaste di quelle francesi, interessandosi delle persone e dell'azione amministrative, della responsabilità e della proprietà e della finanza amministrative, della giustizia amministrativa, nonché delle varie "materie" o campi d'azione dell'amministrazione. La scienza del diritto amministrativo di quest'epoca, inoltre, presta scarsa attenzione alla legislazione positiva, che viene considerata o transeunte, o troppo recente, o che viene persino rifiutata (gli studiosi di quest'epoca si erano formati negli antichi Stati preunitari). Infine, il

diritto amministrativo viene inteso come diritto privato della pubblica amministrazione, nel senso di ritenersi che quest'ultima non dovesse usare regole speciali, in particolare nei rapporti patrimoniali.

7. *La svolta impressa, alla fine del XIX secolo, da Vittorio Emanuele Orlando e le tendenze principali degli studi fino ai nostri giorni.*

Negli anni '80 - '90, si registra una svolta, ad opera di Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952). Questi crea quella che sarà chiamata la "scuola nazionale del diritto pubblico".

Gli elementi caratteristici del pensiero di Orlando sono cinque, alcuni dei quali resteranno come propri della intera scuola del diritto pubblico.

Il primo è costituito dalla polemica contro l'intrusione di sociologia, filosofia e politica: egli afferma che i cultori del diritto sono troppo filosofi, troppo storici, troppo sociologi e troppo poco giureconsulti.

Il secondo è il richiamo all'accettazione delle istituzioni del nuovo Stato. Egli sostiene che, dopo che patrioti e statisti hanno creato l'unità dello Stato italiano, la scuola giuridica ha il compito di fondare la scienza del diritto pubblico italiana.

Il terzo è la distinzione tra diritto e legge. Il diritto è un sistema di principi giuridici organicamente coordinati. Le leggi riproducono i principi che rientrano nel sistema del diritto.

Quarto carattere distintivo è l'ispirazione tedesca, hegeliana, di tipo autoritativo, ma anche scientificamente più avanzata. Fondamentale è proprio il metodo, preso a prestito al diritto privato, che consiste nell'individuazione di nozioni di base, nella loro scomposizione in elementi costitutivi, nella loro definizione precisa con metodo logico, e, poi, nella ricostruzione, per astrazione, di raggruppamenti più generali, ai quali farà riferimento, per via di deduzione. Concetti generali e universali e istituti del diritto positivo possono, così, vivere fianco a fianco, spettando ai giuristi di ordinare i secondi, riconducendoli nell'ordine concettuale dei primi.

L'Orlando, infine, è il primo ad avvertire lo spostamento del centro di gravità delle questioni politiche, che tendono a passare dal campo politico a quello amministrativo.

Alla luce di tutto ciò, si spiega che l'Orlando ricostruisca il diritto pubblico con precisione e rigore di concetti, offrendo un prospetto sicuro della scienza. Nemico convinto della subordinazione della scienza al criterio esegetico, si sforza di esporre piuttosto un sistema di principii giuridici che di precetti legislativi.

La materia del diritto amministrativo è ordinata dall'Orlando intorno a quattro tematiche di base: organizzazione e personale, attività dell'amministrazione pubblica (distinta in "giuridica" e "sociale"), giustizia, obbligazioni.

La scuola italiana del diritto pubblico, fondata da Orlando, diviene presto prevalente: vi si possono ascrivere l'allievo di Orlando, Santi Romano (1875-1947), Federico Cammeo (1872-1939), Oreste Ranelletti (1868-1956), e l'allievo di Santi Romano, Guido Zanobini (1890-1964), che sono, però, solo gli studiosi più significativi. Essa dà importanti contributi alla sistemazione di tutto il diritto pubblico e specialmente di quello amministrativo, considerato parte del primo, secondo la metafora, per cui il diritto costituzionale è il tronco dal quale si dipartono, come rami, le diverse discipline pubblicistiche.

Ad esempio, essa, agli inizi del secolo, porta alle estreme conseguenze la teoria dello Stato come persona, secondo il concetto di una volontà unitaria, che riassorbe in sé la pluralità degli organi tra cui viene incluso anche il popolo. Così essa fa un passo avanti rispetto alla stessa costruzione tedesca originaria, nella quale sopravviveva il dualismo tra Stato e monarca, quest'ultimo manifestando la volontà espressa dal primo.

Col passar del tempo, però, il secondo dei cinque elementi diviene meno importante, essendosi ormai stabilizzate le istituzioni amministrative unitarie; mentre, per l'influenza del positivismo normativo, la distinzione tra diritto e legge viene prima attenuandosi e viene, poi, abbandonata, a favore del postulato opposto, per il quale legge e diritto si identificano e l'interprete (amministratore, giudice o studioso) è l'oracolo della legge.

Il positivismo rimane un tratto distintivo della intera scienza del diritto, finché, in anni recenti, non viene posto in luce il suo errore di fondo, quello di esser stato spinto dall'esigenza di individuare leggi scientifiche a confondere, nel campo del diritto, le leggi dello Stato con le leggi tratte dall'osservazione della realtà giuridica.

Toccherà proprio al principale allievo di Orlando, Santi Romano, di scrivere un'opera, "L'ordinamento giuridico" (la cui prima edizione è del 1917-18), che rompe con la tradizione positivistica. Per un verso, essa nega l'eguaglianza legge (o norma) — diritto, affermando che la legge è solo un elemento dell'ordinamento giuridico, di cui altri elementi sono la plurisoggettività e l'organizzazione. Per altro verso, essa critica lo statalismo, sostenendo che ogni gruppo organizzato (e non solo lo Stato) è ordinamento giuridico (tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici). Viene, così, in primo piano l'elemento, fondamentale per il diritto amministrativo, della organizzazione.

L'opera maggiore della scienza del diritto amministrativo della prima metà del secolo è il "Corso di diritto amministrativo" (prima edizione, 1936) dell'allievo di Romano, Guido Zanobini. Quest'opera è articolata in cinque volumi, dedicati rispettivamente, ai "principi generali", alla "giustizia amministrativa", all'"organizzazione amministrativa", ai "mezzi dell'azione amministrativa", alle "principali manifestazioni dell'azione amministrativa". Essa è stata il testo di insegnamento più diffuso per più di un quarantennio, rivela una forte capacità sistematica e una grande padronanza del diritto positivo, accompagnate da un'esposizione piana e impersonale, da costrutti semplici e da una forte simmetria delle strutture. Ma tutto ciò è ottenuto grazie all'abbandono di ogni concezione prospettica, a favore di un esame di istituti immobili, di cui non si comprende la genesi; e ad un processo di omissione, di riduzione selettiva o di accantonamento dei mutamenti più importanti che accadevano negli anni dopo la grande crisi del 1929-33 (aumento degli enti pubblici, riforma creditizia, salvataggi bancari, nazionalizzazione delle acque e delle miniere, ecc.), quasi che questi non fossero tanto forti da mutare il sistema dei principi. Per cui il lettore si chiede se compito dello studioso di diritto amministrativo sia quello di interrogare la realtà dell'amministrazione o di trasmettere i principi di dottrina formulati dalla tradizione.

Allievo di Santi Romano e di Guido Zanobini, Massimo Severo Giannini (1915-2000) è certamente il maggiore studioso di diritto amministrativo italiano. In cinquanta anni di studio (le sue prime opere sono del 1939), ha toccato tutti i temi del diritto amministrativo, dando ad ognuno una impronta nuova. È suo merito — tra

l'altro — di aver allargato la problematica del diritto amministrativo, portando ad alti livelli la conoscenza e lo studio di temi prima trascurati quali, ad esempio, le imprese pubbliche o la finanza pubblica.

A lui si devono ben quattro opere generali, destinate all'insegnamento, ma che hanno fatto, ogni volta, un bilancio delle ricerche e offerto nuovi punti di vista. Principale tra queste il "Diritto amministrativo", del 1970 (seconda edizione, 1988). Con lui, le opere destinate alla didattica si arricchiscono di contributi originali. Se in queste quattro opere, una per ogni decennio a partire dalla metà del secolo, la struttura rimane sostanzialente immutata, mutano, tuttavia, completamente i punti di vista. Nella prima, egli insiste sul diritto amministrativo come sistema o insieme organico, retto da principi ordinati gerarchicamente. Più tardi, per Giannini il diritto amministrativo diventa "corale", richiede analisi articolate, irte di distinzioni, e viene introdotta una forte componente storica e sociologica.

Altra differenza è che, mentre nella prima il diritto amministrativo veniva presentato come dialettica tra autorità pubblica e libertà, nelle opere successive Giannini prende atto della contrazione della parte autoritativa del diritto amministrativo, a favore di quella di diritto privato (imprese pubbliche, contratti e accordi, ecc.).

Grazie all'impulso dato dal Giannini, gli studiosi di diritto amministrativo, negli ultimi decenni, si sono aperti a nuove problematiche (ad esempio, aspetti costituzionali dell'amministrazione, organizzazione amministrativa, finanza pubblica), hanno riannodato i legami con le altre culture (storica e sociologica, innanzitutto), sono divenuti più attenti agli sviluppi che si registrano nel diritto amministrativo di altri paesi, si sono impegnati nell'uso di nuove tecniche di analisi, sono stati molto impegnati nei tentativi di riforma delle amministrazioni pubbliche, hanno infine, guardato molto più attentamente ciò che accadeva sotto i loro occhi, con un'attenzione al diritto positivo che li ha resi più testimoni del loro tempo e meno sacerdoti delle tradizioni dottrinali. Anzi, può dirsi che essi hanno riannodato in modo autentico il corpo dei principii con l'esame del diritto positivo. Ciò costituisce il maggior cambiamento rispetto alla tradizione, nella quale i principii erano tenuti fermi, grazie alla scarsa attenzione per il diritto positivo.

Bibliografia

1. Sulla storia dell'amministrazione, Sabino Cassese (a cura di), *L'amministrazione centrale*, Utet, Torino 1984 e I.S.A.P., *L'amministrazione nella storia moderna*, Giuffrè, Milano, 1985.

2. Sul diritto amministrativo in Italia, Sabino Cassese, *I beni pubblici - Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969, specialmente pp. 268 sgg., 285 sgg., 307 sgg., 436 sgg., e M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981, pp. 3 sgg.

3. Sulla scienza del diritto amministrativo, M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in "Quaderni fiorentini per la scienza del diritto amministrativo", 1973, n. 2, pp. 179 sgg., e *Diritto amministrativo*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 365; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1971 e *Science of Administrative Law in Italy from 1971 to 1985*, in "Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart", 1985, B. 34, p. 123.

4. Cronache amministrative — in verità scritte prevalentemente sulla base delle norme che riguardano l'amministrazione — sono state redatte annualmente, a cura di R. Cerciello e di E. Gatta, a partire dal 1919, fino al 1950, sulla "Rivista di diritto pubblico". Vengono redatte, a cura di S. Cassese e di G. D'Auria, a partire dal 1983, sulla "Rivista trimestrale di diritto pubblico".

PREFAZIONE AL TRATTATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il diritto amministrativo, quale noi lo conosciamo, è opera relativamente recente. La Francia, nel 1515, all'inizio del regno di Francesco I, aveva solo cinquemila funzionari (1). La parola amministrazione (come quella governo), prima impiegata con un complemento, prende sotto Luigi XIV e Colbert, nella seconda metà del diciassettesimo secolo, un valore assoluto, in coincidenza con la riforma statale da questi intrapresa. Eppure la macchina del dirigismo colbertista era costituita solo da una cinquantina di *inspecteurs des manufactures* e, nonostante l'intensificarsi del lavoro amministrativo, sotto Luigi XV, l'amministrazione centrale a Versailles e a Parigi contava solo circa duemila persone (2).

Il diritto amministrativo è considerato abitualmente strumento del potere esecutivo dello Stato: è la « macchina dell'obbedienza » (3). Si fa ricorso ad esso per organizzare gli eserciti, riscuotere le imposte, mantenere l'ordine pubblico, regolare la vita economica. Per questi motivi, è un diritto che contiene deroghe e privilegi a favore del potere esecutivo, perché quest'ultimo possa perseguire l'interesse pubblico senza che interessi privati frappongano ostacoli.

Ciò spiega perché il diritto amministrativo sia legato ad ogni particolare esperienza storica statale. Il nazionalismo del diritto amministrativo è un carattere che discende dal suo legame con lo

---

(1) E. Le Roy Ladurie, *Lo Stato del re. La Francia dal 1460 al 1610*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1999, p. 162.

(2) P. Minard, *La fortune du colbertisme*, Paris, Fayard, 1998, p. 29-30 e 65.

(3) P.P. Portinaro, *Stato*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 79; prima, M. Weber, *Economia e società* (1922), trad. it., Milano, Comunità, 1974, I, p. 53, aveva scritto che « per Stato si deve intendere un'impresa istituzionale nella quale — e nella misura in cui — l'apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica legittima, in vista dell'attuazione degli ordinamenti ».

Stato, per cui ogni potere pubblico modella un suo diritto amministrativo, confacente ai propri bisogni.

Se è nato in tempi relativamente recenti (rispetto, ad esempio, alla lunghissima tradizione del diritto privato) il diritto amministrativo si è, però, sviluppato con un moto accelerato: i dipendenti pubblici oscillano, nelle nazioni con circa cinquanta milioni di abitanti, tra i tre e cinque milioni e l'apparato amministrativo è divenuto il maggior potere dello Stato per dimensione e funzioni. Come osservava Vittorio Emanuele Orlando già nel 1897, « nessuna delle discipline giuridiche investe di sé tanta parte del mondo moderno come il diritto amministrativo » (4).

A sua volta, l'ancoraggio del diritto amministrativo allo Stato, se rimane fermo in particolari settori e nella tradizione culturale, è presto superato dal peso assunto dal popolo. Tocqueville, scrivendo nella prima metà del diciannovesimo secolo, si riferisce al diritto amministrativo come un « droit tout-puissant et... unique de la societé » (5). Sono la società, infatti, e la sua aspirazione all'eguaglianza, che impongono — non solo in Francia — una legislazione uniforme, un potere centrale unico, la soppressione dei poteri secondari, un ordinamento pubblicistico che prevale sugli interessi privati.

A questo si aggiungono via via la perdita di quota dello Stato, l'indebolimento dei suoi confini, la costituzione di reti di poteri sovrastatali che operano attraverso il consenso e la cooperazione, il trasferimento ad essi di poteri di regolazione e, quindi, alla fine, l'affermarsi di una *global governance* (6).

---

(4) V.E. Orlando, *Prefazione*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. Orlando, I, Milano, Società Editrice Libraria, 1897, p. XIII. Sul Trattato Orlando è interessante lo scritto di M. Santoro, *Per una storia sociale della giuspubblicistica italiana. Appunti sugli insegnamenti di « diritto amministrativo » e « scienza dell'amministrazione » nell'età liberale (1870-1915)*, in *Cheiron*, 1991, VIII, n. 16, p. 115 ss., ma spec. 132, dove osserva che Orlando non chiamò nessuno dei suoi colleghi a partecipare alla realizzazione del Trattato, ma solo la generazione più giovane, evidentemente perché solo questa sarebbe stata, secondo lui, pronta ad assicurare la « cooperazione del lavoro scientifico » alla quale Orlando aspirava.

(5) A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835), Paris, Laffont, 1986, p. 628-630.

(6) A.-M. Slaughter, *The Real New World Order*, in *Foreign Affairs*, 76, 1997, sept.-oct., n. 5, p. 183 e S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

In un mondo attraversato da organismi transgovernativi si attenua il terzo dei caratteri su indicati del diritto amministrativo e istituti (come il difensore civico) o principi (come il *right to a hearing* o la proporzionalità) si trasferiscono da un ordinamento all'altro e si diffondono, contribuendo a determinare un corpo di regole comuni ormai a molti diritti amministrativi nazionali: per continuare con gli esempi, separazione politica-amministrazione, relativa stabilità degli impieghi alle dipendenze dello Stato, tutela giudiziaria piena nei confronti degli atti amministrativi e diffusione di poteri locali autonomi (7).

La riflessione su queste vicende (ossia la scienza del diritto amministrativo), iniziata anch'essa tardi (nei primi anni del diciannovesimo secolo), ha, poi, avuto brusche accelerazioni, si è staccata dal tronco comune del diritto costituzionale e si è imposta un metodo comparativo. Il ritardo iniziale, dovuto allo sviluppo tardivo della normativa e del sistema amministrativi, è stato presto recuperato, prima grazie all'opera pionieristica della cultura francese del diciannovesimo secolo, poi grazie alla diffusione della scienza e dell'insegnamento del diritto amministrativo in tutto il mondo. Lo sviluppo di una riflessione scientifica si è accompagnato al riconoscimento dell'autonomia del suo oggetto, nonché dell'autosuffi-

---

2002, p. 323 ss., ora anche in S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza, 2003, p. 3 ss.

(7) S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 869 e Id., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 27 ss., ora anche in S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit., p. 147 ss. Si vedano, inoltre, per la Francia, J.-B. AUBY, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *AJDA*, 2001, p. 912 ss., J. CAILLOSSE, *Quel droit administratif enseigner aujourd'hui?*, in *Rev. adm.*, 2002, p. 454 ss., e B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Univ. Paris II-L.g.d.j., 2003; per gli Stati Uniti, si vedano R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv. Law Rev.*, 88, 1975, june, n. 8, p. 1669 ss., e Id., *Madison's Nightmare*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 57, 1990, spring, n. 2, p. 335 ss.; R. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 72, 1997, p. 952; M. SHAPIRO, *Two Transformations in Administrative Law: American and European?*, in *The Europeanisation of Administrative Law - Transforming National Decision-Making Procedures*, ed. by K.H. Ladeur, Dartmouth, Ashgate, 2002, p. 14 ss.; R.B. STEWART, *Administrative Law in the 21st Century*, in "New York Univ. Law Rev.", vol. 78, n. 2, May 2003, p. 437 (tr. it. *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2004, n. 1, p. 1.

cienza del suo metodo. Mentre la fine dell'atteggiamento culturale nazionalistico ha permesso di comprendere che anche per il diritto amministrativo ogni conoscenza è conoscenza comparativa.

Il diritto amministrativo italiano ha partecipato a queste vicende come tutti gli altri diritti amministrativi, salvo che per la parte riguardante la riflessione scientifica. Questa ha registrato, nel corso del ventesimo secolo, un andamento irregolare. Agli inizi — si lamentava — « son difettosi il concetto, il sistema, il metodo del diritto amministrativo..., ma si può anche dire che, soprattutto, mancano i principii » (8). Verso la fine della prima metà del periodo, se la sistematica e il metodo erano divenuti buoni, le problematiche erano ritenute insufficienti (9). Nella seconda metà del ventesimo secolo, si sono registrati molti sviluppi: massima attenzione per gli svolgimenti legislativi, apertura verso la cultura generale, più interesse per i diritti stranieri, maggior impegno riformatore (10). Ma, per altro verso, si sono perduti di vista l'insieme, le linee portanti, l'architettura del diritto amministrativo; e non si sono utilizzati metodi di analisi altrove sviluppati con grande frutto.

La situazione, dunque, si è, in qualche modo, capovolta, rispetto alla metà del ventesimo secolo. Ora il diritto amministrativo è ricchissimo di problematiche, ma disattento al sistema e al metodo. Per cui ogni argomento è studiato separatamente dagli altri e non vi è scambio tra teoria e studi applicativi, con la conseguenza che la prima diventa astratta, i secondi si muovono senza la guida che può essere assicurata dall'intelaiatura di fondo.

Per colmare questo divario sono necessarie due condizioni: la messa a punto di metodi più soddisfacenti di quello cosiddetto giuridico, sul quale la scuola classica del diritto amministrativo

---

(8) V.E. Orlando, *Prefazione*, cit., p. XI.

(9) È la nota osservazione di M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quad. fior. stor.*, 1973, n. 2, p. 218 ss., e anche in M.S. Giannini, *Scritti. II. 1939-1948*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 79 ss.

(10) S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971; per gli anni successivi, Id., *Science of Administrative Law in Italy from 1971 to 1981*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, Mohr, 1985, p. 123, e, per un bilancio delle vicende del diritto pubblico italiano nella seconda metà del millenovecento, *La scienza del diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, n. 4.

italiano costruì la sua fortuna; e la perimetrazione del campo vasto della materia, in modo da ridare la prospettiva perduta dagli studi di ogni singola sua parte.

Se la prima opera non può essere che il frutto di sperimentazioni, la seconda può essere compiuta misurando in tutta la sua ampiezza l'ambito della disciplina. È questa l'ambizione del presente Trattato, che, per la ricchezza dei temi esaminati, mira a presentare tutti i capitoli della vasta materia con il duplice scopo di fornire alla pratica una trattazione completa e di offrire alla teoria una base sulla quale erigere una rinnovata riflessione sistematica, orientata dalla « parte generale » che costituisce la prima sezione (11).

(11) Sul diritto amministrativo generale come chiave per ordinare quello speciale, E. SCHMIDT-ASSMAN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, Springer, 1998.

LO SMARRIMENTO DI ORESTE E LA FURIA DELLE EUMENIDI: LA VICENDA INTELLETTUALE DELLA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE (*)

1. La fase iniziale: Romagnosi e Von Stein. — 2. La svolta orlandiana e il divorzio dal diritto. — 3. Continuità e cambiamento nel primo quarto di secolo. — 4. I dubbi dei giuristi negli anni '40. — 5. La ripresa alla metà del secolo: Roma, Milano e Bologna. — 6. Cultura universitaria e cultura extrauniversitaria negli anni '60 e '70. — 7. La crisi intellettuale della scienza dell'amministrazione fuori d'Italia. — 8. La critica alla formazione giuridica dei funzionari pubblici. — 9. Qualche conclusione.

1. *La fase iniziale: Romagnosi e Von Stein.*

La vicenda intellettuale della scienza dell'amministrazione, secondo Giannini, ha origine nel '700: la scienza dell'amministrazione scaturirebbe dall'illuminismo e sarebbe nata in parallelo con la scienza della legislazione, per interessarsi delle regole universali del bene amministrare.

In tal modo, però, si attribuisce eccessiva nobiltà alle origini della scienza dell'amministrazione. Questa ha un'origine più recente, nella seconda metà del secolo scorso, quando iniziarono ad operare personalità come Von Stein in Germania e Gian Domenico Romagnosi in Italia.

Il periodo della scienza dell'amministrazione immediatamente successivo alla fondazione è caratterizzato da quattro tratti fondamentali. In primo luogo, un notevole eclettismo e una incerta delimitazione del campo di analisi. In secondo luogo, un insufficiente inquadramento scientifico e l'uso di strumenti tecnici molto

---

(*) Relazione al convegno organizzato dalla Facoltà di scienze economiche e sociali dell'Università degli studi del Molise su « Scienza dell'amministrazione: possibilità e sbocchi di una didattica », Campobasso, 1° marzo 1991. L'autore ringrazia Giorgio Freddi e Vittorio Mortara per le osservazioni ad una prima versione di questo scritto.

deboli. In terzo luogo, una grandissima ambizione (ad esempio, il manuale di Von Stein comprendeva le seguenti parti: l'attività internazionale, la difesa, la finanza, la giustizia, l'amministrazione diretta e indiretta dello Stato, l'ordinamento delle Stato con riferimento alla vita delle persone, alla vita economica, alla vita sociale; lo Schmoller vi apprezzava il « *pathos* di una contemplazione del mondo »). In quarto luogo, un forte legame col diritto amministrativo; si potrebbe, anzi, parlare addirittura di indistinzione. Questa si riflette nell'insegnamento: dal 1885, si insegnano diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione insieme.

2. *La svolta orlandiana e il divorzio dal diritto.*

Sulla strada della scienza dell'amministrazione, si viene, però, subito a collocare un macigno, costituito dalla svolta operata da Vittorio Emanuele Orlando. Questo, nel 1889, invoca i criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico italiano: tale il titolo della sua prolusione, che inizia un nuovo corso del diritto pubblico. Lo stesso Orlando, due anni prima, scrivendo del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione, lamentava la confusione e l'incertezza a proposito della delimitazione reciproca tra le varie scienze dello Stato. Dunque, Orlando distingue le varie scienze dello Stato.

Si aggiunga che, nel 1889, viene istituito il giudice amministrativo e che questo si rafforza, poi, agli inizi del '900 e nel 1923-24. A questo punto, i giuristi sono attratti dalle problematiche del giudice. Una vicenda analoga si svolgerà dopo la metà del secolo, con la Corte costituzionale: i costituzionalisti, che studiavano i partiti, il parlamento, l'organizzazione dello Stato, improvvisamente abbandonano questa tematica e si dedicano, prevalentemente, all'esame della giurisprudenza della Corte costituzionale.

In questa fase, studiosi come Codacci-Pisanelli, Longo e Borsi si interessano della distinzione tra diritto e scienza dell'amministrazione, ma anche dell'unità didattica del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione.

Questa fase si chiude con una nota di scetticismo, di cui è testimonianza un brano di Wautrain Cavagnari, scritto nel 1894, negli « elementi di scienza dell'amministrazione »: il sentimento di

molti è che la scienza dell'amministrazione appartenga al novero delle cattedre create non già a vantaggio degli studenti, ma dei professori.

3. *Continuità e cambiamento nel primo quarto di secolo.*

Negli anni successivi, si può dire che il segno del cambiamento s'intreccia con quello della continuità. Di questa commistione vi sono tre indizi. Primo: avendo sostenuto i giuristi che il diritto deve ricostruirsi con propri criteri tecnici, ci si aspetterebbe un divorzio tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione. Invece, la cattedra di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione resterà tale fino al 1935. Questo non è un fatto esterno. Nell'istituto di diritto pubblico della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma è conservata una rarità bibliografica: le prime dispense ciclostilate del famoso corso di diritto amministrativo di Zanobini, sul quale due generazioni di italiani si sono formate. Si tratta di un testo degli anni venti, precedente alla separazione tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione. Ebbene, in questo testo vi sono ampie parti dedicate a problemi di scienza dell'amministrazione, come quello della progressione a ruolo aperto dei pubblici dipendenti.

Secondo indizio: dominano due indirizzi di studio: quello di cui è capofila Ferraris, per cui la scienza dell'amministrazione studia l'attività sociale dello Stato, mentre il diritto amministrativo studia l'attività giuridica dello Stato, e quello di Vacchelli, per cui la scienza dell'amministrazione sarebbe una sorta di tecnica applicativa.

Un terzo elemento è dato dal fatto che Orlando e Zanobini (che al primo era legato, in quanto allievo di Romano, che, a sua volta, era allievo di Orlando), il primo nel « trattato », il secondo nel « corso », sviluppano la tematica secondo lo schema di Von Stein, cioè del maestro della scienza dell'amministrazione. I due studiosi che avevano sostenuto la purezza dei metodo giuridico, scelgono, poi, una via di mezzo, che fa salvi i principi del diritto amministrativo generale, ma li combina con analisi di settore, come suggerito dalla scienza dell'amministrazione.

4. *I dubbi dei giuristi negli anni '40.*

Negli anni '40, i giuristi, liberatisi del peso della scienza dell'amministrazione, rimasero col dubbio di Oreste: nel dramma di Eschilo, Oreste, dopo aver ucciso la madre Clitennestra ed Egisto, pur non pentendosi del delitto, rimane smarrito ed incerto. La scienza giuridica, liberatasi del peso della scienza dell'amministrazione, dichiarò di non volersene occupare, ma, da un lato, auspicò che qualcuno se ne occupasse; dall'altro, ricominciò a coltivare essa stessa la scienza dell'amministrazione. Ma lo fece avvertendo che stava travalicando i confini della propria disciplina, come una sorta di Oreste che si preoccupa, nello stesso tempo, sia di Clitennestra, sia di Agamennone.

La figura emblematica è quella del maggiore giurista, Giannini. Questi ha percorso cinquanta anni di storia intellettuale dando contributi di scienza dell'amministrazione e di scienza giuridica, sempre preoccupato, però, di tracciare la linea di distinzione, avvertendo in quale momento smetteva i panni del giurista e prendeva quelli dello scienziato dell'amministrazione. E, nel momento in cui distingueva, con la contraddizione propria delle persone di grande cultura, richiamava il continuo ed indeclinabile ritorno della scienza del diritto alle altre scienze sociali, tra cui la scienza dell'amministrazione (cosi nello scritto molto citato, ma poco letto, intitolato *In principio sono le funzioni*, del 1959).

5. *La ripresa alla metà del secolo: Roma, Milano e Bologna.*

A metà del secolo, la scienza dell'amministrazione, in Italia, era morta, perché aveva prodotto solo programmi o descrizioni.

Ma la cultura si trovava in un quadro completamente diverso, per due motivi. In primo luogo, perché la storia della cultura italiana diveniva, a questo punto, vicenda della cultura internazionale: l'Italia si apriva all'estero. In secondo luogo, perché alla cultura giuridica si chiedeva sempre di più di conoscere l'amministrazione qual era e non quali norme per lo più ipocrite volevano che fosse. Dai lavori della commissione Forti e dagli altri lavori per la costituente vennero l'indicazione di non fidarsi delle norme, l'impulso a capire come era

veramente l'amministrazione e, quindi, la necessità di utilizzare la chiave della scienza dell'amministrazione.

Queste indicazioni furono sentite a Roma, Milano, Bologna.

A Roma divenne dominante la presenza di Giannini. Ma va ricordato anche Cataldi che fondò, nel 1954, la rivista *La tecnica dell'organizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, che, poi, diventerà *La scienza e la tecnica dell'organizzazione nella pubblica amministrazione* (e che oggi è la Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione). La rivista oscillò tra l'indirizzo del *management* e una disordinata empiria.

Il secondo gruppo, quello milanese, è dominato da Benvenuti e comincia, tra l'altro, un'opera molto interessante di divulgazione, nel 1963, con la pubblicazione della rivista *Amministrare*.

Il gruppo bolognese si crea sotto l'egida di Lessona ed Alessi. Alcuni cultori lì formatisi abbandonano presto (Cimmino, Sani ed altri). Altri faranno più stabilmente capo alla Scuola di perfezionamento di scienza dell'amministrazione.

Punti di riferimento importanti sono i due scritti, pubblicati ambedue nel 1968, di Vittorio Mortara sui *Modelli di comportamento amministrativi* e di Giorgio Freddi sull'*Analisi comparata dei sistemi burocratici.* Nella scuola bolognese rinasce, con maggiore vigore, la scienza dell'amministrazione. Ma questa è una scuola di apprendistato.

I suoi punti di riferimento sono tre. In primo luogo, lo scritto di Wilson, del 1887, su *The Study of Public Administration.* Questo sviluppa l'idea della separazione tra politica e amministrazione. Separando politica da amministrazione, cerca di porre le fondamenta di uno studio autonomo dell'amministrazione; se l'amministrazione non è separata dalla politica — si pensava — vi è spazio solo per lo studio di scienze politiche, non di scienza dell'amministrazione. L'impostazione di Wilson, accettata per la sua forza « costituente » della disciplina, è, però, criticata dalla scuola bolognese, per l'ipostatizzazione della separazione tra politica e amministrazione.

Il secondo aspetto importante di questa scuola è l'attenzione per la cultura nord-americana. In questo periodo vengono tradotti in italiano tre libri americani: Dwight Waldo, *Introduzione alla scienza dell'amministrazione pubblica* (Zanichelli, Bologna, 1957); Ferrel

Heady, — *La pubblica amministrazione prospettive di analisi comparata* (Mulino, Bologna, 2ª ed., 1967, 3ª ed., 1979); Herbert A. Simon, *Il comportamento amministrativo* (Mulino, Bologna, 2ª ed., 1967, 3ª ed., 1979). Quest'ultimo libro, in particolare, avrà un'importanza notevole nello sviluppo della scuola bolognese. Ma questo gruppo ha un tallone di Achille: ignora la realtà dell'amministrazione italiana. Studia ciò che gli americani conoscono della loro amministrazione. Meglio, raccoglie gli strumenti per studiare l'amministrazione.

6. *Cultura universitaria e cultura extrauniversitaria negli anni '60 e '70.*

Gli anni '60 e '70 sono dominati da un episodio e da due realtà. L'episodio è quello della collaborazione di Donatello Serrani con la Fondazione Olivetti e della pubblicazione, nel 1979, dell'opera su « l'organizzazione per ministeri » che innova lo studio dell'organizzazione amministrativa.

Le due realtà sono una extrauniversitaria e una universitaria. Quella extrauniversitaria è costituita dal Formez, dove una concentrazione di amministratori e studiosi dà luogo (1972) alla pubblicazione di studi di scienza dell'amministrazione applicati alle regioni e alla pubblicazione, nel 1976 di una rivista, *Problemi di pubblica amministrazione*, nella quale sono tradotti i principali contributi delle scienze amministrative pubblicati fuori d'Italia, dal Giappone alla Germania, all'Inghilterra, alla Francia, agli Stati Uniti, ecc. Il gruppo che lavora alla rivista (e ora anche al *Master in economia del settore pubblico*) raccoglie esperti di discipline diverse. La rivista pubblica, insieme, contributi di economia dell'amministrazione, sociologia dell'amministrazione, scienza politica dell'amministrazione, scienza dell'amministrazione in senso proprio, diritto amministrativo e cosi via, con preferenza per gli studi non giuridici dell'amministrazione.

La realtà universitaria ha inizio con l'istituzione della cattedra di scienza dell'amministrazione. Bisogna riconoscere che, in un'università ancora di provincia, lo studio di un settore è strettamente legato all'esistenza di un « posto ».

A questo punto, tre persone continuano il lavoro già avviato. Uno è Vittorio Mortara, che scrive un'*Introduzione alla pubblica*

amministrazione italiana, di cui la seconda edizione è del 1982. Un altro è Giorgio Freddi, che produce, come curatore, un volume su *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, del 1985. Un terzo è Giuseppe Di Federico: a lui dobbiamo approfonditi studi sulla magistratura, che sono, purtroppo, ignorati dai magistrati.

7. *La crisi intellettuale della scienza dell'amministrazione fuori d'Italia.*

Per gli ultimi sviluppi, occorre distinguere ciò che accade fuori d'Italia da quanto si fa in Italia.

Fuori d'Italia, oggi, la scienza dell'amministrazione è in crisi. Di questa, per brevità, si indicano cinque segni. Primo: la scienza dell'amministrazione non ha un nome internazionalmente riconosciuto. Nei paesi di cultura anglosassone, la denominazione è *Public administration*. Nei paesi di cultura tedesca, *Verwaltungswissenschaft.* Nei paesi di cultura francese, *Science administrative.* Quale membro del comitato direttivo della principale rivista internazionale di scienze dell'amministrazione, la *Revue internationale des sciences administratives*, che viene pubblicata anche in lingua inglese e spagnola, ascolto, ad ogni riunione di direzione, americani e inglesi che propongono di cambiare il titolo. Essi osservano che *International review of administrative sciences*, in inglese, ha un significato letterale chiaro, ma non ha alcun aggancio con la cultura del mondo anglosassone.

Il secondo segno di crisi è costituito dall'irrompere nelle scienze sociali, già in un'epoca precedente, del « behaviourismo ». Questo ha in dispregio la struttura e punta sull'analisi dei processi. Come è organizzato un ente pubblico e com'è controllato dal ministero che lo vigila, sono aspetti di scarsa rilevanza culturale per chi pensa che importa l'azione degli uomini, non le strutture in cui operano.

In terzo luogo, si approfondisce la crisi relativa alla premessa stessa della scienza dell'amministrazione, la distinzione tra amministrazione e politica. Il dubbio su questa distinzione — sviluppatosi fin dalla metà del secolo — butta un dubbio sulla stessa scienza dell'amministrazione: l'amministrazione non si distingue dalla politica. Questo punto di vista è sviluppato in un libro sulla *Intellectual Crisis in American Public Administration*, di Ostrom (1973, 2ª ed., 1974).

Un quarto segno di crisi è indicato da un altro studioso ameri-

cano, Curtiss Ventriss, che ha scritto un saggio, nel 1987, dove illustra la pochezza tecnica e la debolezza teorica della scienza dell'amministrazione.

Infine, uno studioso inglese, John Kingdom, nel saggio su *Public Administration or Public Implementation: Discipline in Crisis*, osserva che alle debolezze intrinseche della scienza amministrativa si aggiunge il fatto che i governi sono propensi a vedere la pubblica amministrazione, cioè l'oggetto dello studio della scienza dell'amministrazione, in *simplistic instrumental terms*, per cui anche le scienze amministrative ne risentono, perché divengono inutili dal punto di vista operativo.

Si noti che tutti e tre i saggi citati, che sono dell'ultimo quindicennio, hanno nel titolo la parola crisi. Ma questa crisi, internazionalmente, è ancora precedente. Nel 1967 Waldo scriveva: l'oggetto e i metodi dell'insegnamento e dello studio della scienza dell'amministrazione sono diventati, vent'anni fa, problematici. Ora, due decadi dopo gli attacchi, la crisi di identità della scienza dell'amministrazione non è stata ancora risolta. Tutti i problemi tecnici più importanti della scienza dell'amministrazione sono correlati alla sua continua crisi, ai modi in cui può essere risolta e alle implicazioni e ai risultati delle possibili soluzioni.

Ma gli studiosi di scienza dell'amministrazione del mondo anglosassone, che hanno dominato il settore, non sono neppure d'accordo sulle cause della crisi. Il libro di Ostrom è stato oggetto di una polemica sulla *American Political Science Review*, nel 1977. L'autore del libro e Robert T. Golembiewski, nel loro botta e risposta, non sono stati d'accordo su nulla.

8. *La critica alla formazione giuridica dei funzionari pubblici.*

Che cosa succede sul fronte italiano? Per ricordare di nuovo Eschilo, come a Delfi, presso il tempio di Apollo, e ad Atene, sotto la statua di Pallade, le Eumenidi si lanciarono contro il matricida Oreste, così gli scienziati dell'amministrazione, negli ultimi anni, hanno attaccato la scienza giuridica.

Oggetto dell'attacco è stata la formazione giuridica dei funzionari pubblici. Freddi osserva che « i funzionari sono socializzati in modo da sviluppare un atteggiamento mentale di tipo giudiziario. La

maggior parte delle decisioni sono prese da collegi ordinati gerarchicamente. L'agnosticismo, assunto come valore, impedisce l'intrusione di punti di vista estranei nei processi decisionali. I funzionari accettano la *fictio* per cui la legislazione offre loro un insieme di principi che essi applicano ad un corpo di regolamenti specifici, di pronta comprensione e di applicazione relativamente facile. Insomma, la *fictio* induce a ritenere che chi applica la logica giuridica arrivi automaticamente alla decisione corretta ».

Gli fa eco Vittorio Mortara. Questi parla de « le modalità di funzionamento della pubblica amministrazione, quali scaturiscono dalla concezione paragiudiziaria dei suoi compiti ». Osserva che questa permette anche di ricostruire un modello esplicativo delle disfunzioni, di capire il motivo per cui « nonostante gli innumerevoli tentativi, la nostra pubblica amministrazione e, in particolare, l'apparato ministeriale, che del sistema amministrativo è il nucleo centrale e la chiave di volta, non solo mantenga inalterate nel tempo le sue caratteristiche, ma riesca, in qualche modo, a "riassorbire" i pochi cambiamenti che, in qualche modo, pervengano a superare gli infiniti ostacoli che ogni processo di riforma suscita ».

Dunque, il fatto che i nostri amministratori siano formati soltanto come giuristi li rende incapaci di riformare l'amministrazione, perché operano come giudici, come una macchina a gettoni, dove si infila una norma e si tira un provvedimento amministrativo. Pare quasi che la causa di tutti i mali sia nella concezione paragiudiziaria della pubblica amministrazione, dovuta al fatto che l'amministrazione è governata da persone che conoscono il diritto e non altre discipline, chiusi nella gabbia di ferro della norma.

Secondo questo ragionamento, gli amministratori pubblici sarebbero mossi da fini altruistici, non dal bisogno di massimizzare il proprio potere o la propria retribuzione. La loro condotta sarebbe perfettamente dissimmetrica rispetto a quella di tutti gli altri uomini. L'economista spiega che l'imprenditore massimizza il profitto, lo studioso di scienze politiche che l'uomo politico massimizza il suo potere. I burocrati, invece, sarebbero santi, che sacrificano il loro potere all'ossequio del diritto.

In secondo luogo, qualunque osservatore può rendersi conto che la medesima norma, gestita da un'amministrazione trova applicazione semplice e rapida, messa in mano ad altra amministrazione,

non funziona. Come si spiega la differenza? Con un dato obiettivo, o perché il diritto è un po' come il naso di cera di cui parlava un noto filosofo, ha una certa « malleabilità »?

Qui interviene un terzo argomento: il diritto è oggetto di interpretazione, cambia da operatore ad operatore e nel tempo. Basta leggere Ascarelli, sapere delle sentenze manipolative ed additive della Corte costituzionale, leggere i lavori sull'*Italian Style* di Merryman, per sapere che l'interprete non è un mero esecutore del diritto.

Lo studio dell'amministrazione mostra che essa è legalista quando vuole esserlo, ma estremamente disinvolta con le norme, quando non vuole esserlo. In altre parole, la legge è solo uno dei punti di riferimento dell'amministratore pubblico, e spesso non il più importante. Inoltre, questa concezione mitica del principio di legalità non corrisponde al vero. Solo una parte dell'attività amministrativa, quella « giustiziale » segue il principio di legalità.

Infine, questi ragionamenti dimenticano le belle pagine scritte da C. Friedrich su *The Continental Tradition of Training Administrators in Law and Jurisprudence*, nel lontano 1939. In quelle pagine, Friedrich osservava come l'enfasi crescente sulla formazione giuridica trovava la sua ragione d'essere nel ruolo del diritto come forma necessaria di tutta l'azione pubblica. Notava che la formazione degli amministratori andava di pari passo con quella dei giudici. Più specificamente, Friedrich identificava circa dieci fattori che avevano portato alla prevalenza della formazione giuridica degli amministratori pubblici: la crescente « legalizzazione » dell'attività amministrativa; l'inadeguatezza della vecchia formazione cameralistica per lo svolgimento di attività pubbliche, ampliatesi in ogni tipo di settore, dall'industria, al commercio, all'agricoltura; l'espansione delle attività quasi contenziose dell'amministrazione; il parallelismo con l'addestramento richiesto per i giudici; la crescita del ruolo dei giudici, che portava gli amministratori a volersi paragonare ad essi; il mutare dei rapporti tra il governo centrale e i poteri locali; l'attitudine di diversi monarchi favorevole alla codificazione del diritto, ecc. E Friedrich osservava anche, terminando il suo articolo, che non doveva essere dimenticato che la formazione giuridica prende un'ampiezza notevole, andando dalle scienze sociali, alle scienze politiche, alla teoria economica, alla storia, alle scienze amministrative, fino alla finanza pubblica.

Insomma, la critica di Freddi e di Mortara alla formazione paragiudiziaria dei funzionari pubblici non convince. I funzionari pubblici si valgono delle loro conoscenze giuridiche più per « manipolare » le norme, che per rispettarle. Là dove, invece, Mortara e Freddi hanno ragione è nell'osservazione che i funzionari pubblici difettano, poi, di una preparazione « ulteriore ». Il funzionario del tesoro inglese proveniente da studi, fatti ad Oxford, in « classics » e il consigliere di Stato francese che ha studiato filosofia all'Ecole Normale Supérieure di Parigi, da un lato, fanno parte di un gruppo ben selezionato; dall'altro, hanno imparato ad apprendere facendo (« learning by doing »).

Il discorso, allora, si sposta. Se il problema non sta nel ritualismo paragiudiziario dei funzionari, bensì, piuttosto, nel modo disinvolto in cui « abusano » delle norme, c'è da chiedersi con quali criteri le usino. Qui si scopre il vuoto delle amministrazioni italiane: non criteri, non *standards*, non indirizzi, non analisi delle funzioni, delle strutture, delle procedure, dei tempi, dei costi. Ognuno gioca da solo.

I procedimenti si risolvono in negoziazione. Tutto si tratta, ma senza un criterio (che non sia quello personale o familiare).

9. *Qualche conclusione.*

Per concludere, della scienza dell'amministrazione è certamente insicuro il centro, e innegabilmente incerti gli approcci. Per cui essa, oggi, è un terreno di confluenza di più approcci, nessuno dei quali è riuscito a consolidarsi.

Il quadro può apparire poco roseo. Ma risulterebbe ancor peggiore se si parlasse di quegli altri studiosi che sono malati di pirronismo per stanchezza; di quelli la cui voce è arrechita per il lungo silenzio; di quelli, infine, dei quali si vorrebbe che l'impegno scientifico fosse almeno pari all'orgoglio, al sussiego e all'albagia, che sono grandissimi.

Bibliografia

F. BENVENUTI, *La scienza della pubblica amministrazione come sistema*, in *Riv. internaz. scienze sociali*, luglio/agosto, 1951, fasc. IV, 1;

F. BENVENUTI, *Die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der*

verwaltungswissenschaftlichen Forschung in Italien, in Verwaltungs Archiv, 233;

S.F. BORINS, *The Role of Universities in Public Administration Education*, in *Canadian Public Administration*, autumn, 1990, vol. 33, n. 3, 348;

G. FREDDI, *Burocrazia, democrazia e governabilità*, in G. FREDDI (a cura di), *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, Nis, Roma, 1989, 19;

C.J. FRIEDRICH, *The Continental Tradition of Training Administrators in Law and Jurisprudence*, in *The Journal of Modern History*, June, 1939, vol. XI, n. 2, 129;

M.S. GIANNINI, *La scienza dell'amministrazione*, in *La scienza e la tecnica dell'organizzazione nella pubblica amministrazione*, gennaio/marzo, 1961, n. 1, 3;

M.S. GIANNINI, *Problematica della pubblica amministrazione*, in *Studi e documentazione della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, aprile, 1964, n. 1, 6;

R.T. GOLEMBIEWSKI, *A Critique of « Democratic Administration » and its Supporting Ideation*, in *The American Political Science Review*, December, 1977, vol. LXXI, n. 4, 1488;

L.H. GULICK, *Relections on Public Administration, Past and Present*, in *Public Administration Review*, November/December, 1990, 599;

J. KINGDOM, *Public Administration or Public Implementation — A Discipline in Crisis*, in *Public Policy and Administration*, summer, 1990, vol. 5, n. 2, 5;

N.B. LYNN-A. WILDAVSKY, *Public Administration — The State of the Discipline*, Chatham-New Jercey, Chatham House Publishers, 1990,

G.S. MARSHALL-O. F. WHITE jr., *The Blacksburg Manifesto and the Postmodern Debate: Public Administration in a Time Without a Name*, in *American Review of Public Administration*, June, 1990, vol. 20, n. 2, 61;

J.H. MERRYMAN, *La tradizione di « civil law » nell'analisi di un giurista di « common law »*, Giuffrè, Milano, 1973;

V. MORTARA, *L'apparato ministeriale: il nucleo centrale della pubblica amministrazione*, in G. FREDDI (a cura di), *Scienza dell'amministrazione e politiche pubbliche*, Nis, Roma, 1989, 99;

M.J. OSIEL, *Lawyers as Monopolists, Aristocrats, and Entrepreneurs*, in *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, 2009;

V. OSTROM, *The Intellectual Crisis in American Public Administration*, Alabama, The University of Alabama Press, 1974 (revised edition);

C. VENTRISS, *Two Critical Issues of American Public Administration Reflection of a Sympathetic Participant*, in *Administration & Society*, May, 1987, vol. 19, n. 1, 25;

D. WALDO, *(Re)founding the Field*, in *Public Administration Review*, March/April, 1991, vol. 51, n. 2, 176.

III.

LA SCIENZA AMERICANA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

RICHARD B. STEWART E LA SCIENZA AMERICANA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

1. L'opera di Richard B. Stewart. — 2. Nascita e rinascita degli studi americani di diritto amministrativo. — 3. Il contributo di Richard B. Stewart al diritto amministrativo.

1. *L'opera di Richard B. Stewart.*

Percorrerò brevemente l'arco dell'attività di Richard B. Stewart; passerò, poi, in rassegna le tappe principali della storia degli studi americani del diritto amministrativo; ritornerò, infine, sull'opera di Stewart, per illustrarne i meriti.

Compiuti tra il 1961 e il 1966 gli studi universitari e post-universitari a Yale, Oxford e Harvard, Stewart, come molti suoi predecessori — l'unica eccezione notevole è quella di James M. Landis, che passò dallo studio direttamente all'insegnamento —, fu assistente di un giudice costituzionale e praticò l'avvocatura. Dal 1971, per circa un trentennio, è stato professore alla *Harvard Law School* (ma frequenti sono stati i periodi di studio e di insegnamento in altre università, quella di Berkeley, l'Istituto universitario europeo e quella di Chicago, oltre che presso l'Agenzia governativa per la protezione dell'ambiente). Poi, per circa due anni, ha lavorato a Washington, come *Assistant Attorney General* al Ministero della giustizia (noi diremmo nella veste di vice-ministro della giustizia), dove si è occupato delle questioni ambientali e delle risorse naturali (così continuando la tradizione di impegno civico dei maestri ame-

---

(*) *Laudatio* in occasione della consegna del dottorato *honoris causa* in giurisprudenza al professor Richard B. Stewart, Università di Roma « La Sapienza », 13 giugno 2005.

Ringrazio i professori Francesca Bignami, Marco D'Alberti, Bernardo G. Mattarella, nonché la professoressa Hilde Caroli Casavola e i dottori Lorenzo Casini, Martina Conticelli e Marta D'Auria per i loro commenti a una prima versione di questo scritto.

ricani del diritto amministrativo, quali Goodnow, consigliere di Theodor Roosevelt, e Frankfurter e Landis, che lavorarono entrambi per Franklin Delano Roosevelt). Quale *Assistant Attorney General*, Stewart ha trasformato la *Lands and National Resources Division* in *Environment and Natural Resources Division*, così portando in primo piano i problemi di tutela dell'ambiente. E ha proposto, nell'ottobre 1989, la tecnica dell'*emissions trading* e il cosiddetto *comprehensive approach*, due idee che sono divenute, poi, parte dell'Accordo quadro sui cambiamenti climatici del 1992 e del protocollo di Kyoto del 1997. Dal 1992 insegna nella *School of Law* della Università di New York.

Stewart ha svolto, inoltre, il ruolo di consulente, per lo più in materia ambientale, per le Nazioni Unite, per il Congresso degli Stati Uniti, per numerose autorità amministrative americane, per l'*Asian Development Bank*.

Autore di una decina di libri e di un centinaio di articoli, e di due *case books*, uno di diritto amministrativo e uno di diritto ambientale, ha studiato, in particolare, tre tematiche fondamentali del diritto pubblico: il *Regulatory State*, il procedimento amministrativo, la giustizia amministrativa.

Tre aspetti sono caratteristici della sua produzione scientifica: l'interesse per la prospettiva storica degli istituti, l'attenzione per i profili costituzionali e di scienza politica, la cura di nuovi campi di studio, come quello del diritto ambientale, sviluppatosi a partire dagli anni '60 dello scorso secolo, e quello del diritto globale, sviluppatosi dagli anni '90. Ricordo che egli è stato uno dei primi giuristi ad interessarsi dei gas con effetto serra e dei modi per limitarne la immissione nell'atmosfera, tema sul quale è ritornato nel 2003 con un libro nel quale — tra l'altro — suggerisce anche le modificazioni necessarie perché il protocollo di Kyoto venga ratificato dai Paesi che sono i maggiori responsabili delle emissioni inquinanti, specialmente gli Stati Uniti, o che lo saranno presto (1).

Stewart è certamente il più importante studioso americano del diritto amministrativo e chi voglia comprendere gli sviluppi di questo ramo del diritto negli Stati Uniti deve far ricorso alla sua

(1) R.B. STEWART - J.B. WIENER, *Reconstructing Climate Policy - Beyond Kyoto*, Washington D.C., 2003.

opera. Per apprezzarne l'originalità, tenterò ora di collocarla nel suo contesto storico, tracciando un breve profilo dello sviluppo della scienza americana del diritto amministrativo, per poi tratteggiare il contributo dato ad essa da Stewart.

2. *Nascita e rinascita degli studi americani di diritto amministrativo.*

Verso la fine del diciannovesimo secolo, il diritto amministrativo aveva già un secolo di vita in Francia (un po' meno in Italia e Germania), mentre, invece, in Inghilterra ne veniva negata l'esistenza.

Gli studiosi americani — come ha osservato Marco D'Alberti (2) — acquisirono consapevolezza dell'esistenza del diritto amministrativo ben prima degli inglesi (3). La vicinanza con la cultura francese e con quella tedesca permise loro di riconoscere lo sviluppo di un ramo del diritto relativo all'amministrazione e di rendersi conto dell'errore dei giuristi inglesi, e in particolare dello studioso oxoniense Albert V. Dicey (4).

La disciplina amministrativa americana era, però, ancora in larga misura di competenza statale o locale, non federale (5), e il diritto amministrativo era ancora considerato un *illegitimate exotic* (6) quando iniziarono la loro attività i due padri fondatori del diritto amministrativo americano, Frank J. Goodnow e Ernst Freund.

Per quanto quasi coetanei (l'uno era nato nel 1859, l'altro nel 1864), il primo fu il mentore del secondo. Ambedue avevano studiato in Europa: il primo a Parigi e Berlino, dove era stato allievo di von Gneist, il secondo ad Heidelberg. Tutti e due insegnarono alla *Columbia Law School*, anche se il secondo l'abbandonò nel 1894

---

(2) M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 99.

(3) Nonostante l'assenza di un giudice amministrativo e l'iniziale tendenza a utilizzare azioni di *common law* per risolvere le controversie tra amministrazioni pubbliche e privati.

(4) S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1990, n. 19, p. 61.

(5) M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 96.

(6) F. Frankfurter, *The Task of Administrative Law*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, 75, 1927, p. 616.

per andare a fondare la scuola di diritto di Chicago. Furono entrambi studiosi orientati all'analisi sistematica, piuttosto che problematica (quindi, in contrasto con il *case-method* divenuto dominante con la rivoluzione langdelliana iniziata nel 1870) (7), alla comparazione (al primo si deve una fondamentale opera in cui sono posti a raffronto le amministrazioni e i diritti amministrativi di Francia, Germania, Inghilterra e Stati Uniti) (8), all'apertura verso altre discipline e allo studio fondato su non *purely legal criteria* (9) (tanto che Goodnow fu il primo presidente della *American Political Science Association*, Freund fu uno dei suoi successori in questa carica e ambedue contribuirono agli studi del comportamento amministrativo e all'esordio della scienza amministrativa), ad una concezione ampia del diritto amministrativo, che includeva lo studio non solo della giustizia, ma anche dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (10).

Quando, nel 1894, l'italiano Federico Cammeo scrisse un articolo sul diritto amministrativo americano, si valse, per esporlo, principalmente delle opere di Goodnow e di Freund (11).

Il lavoro di questi due pionieri fu presto dimenticato. Il primo non riusciva ad avere studenti nella facoltà giuridica e si trasferì in quella di scienze politiche della *Columbia University*, dove aveva già cominciato a insegnare. Il secondo, che alla Columbia aveva insegnato anche il diritto romano, si trasferì a Chicago per creare la facoltà giuridica, con il disegno di mettere l'enfasi sullo studio dell'amministrazione e del diritto amministrativo, invece che sugli aspetti forensi e pratici dello studio e dell'insegnamento del diritto. Ma non riuscì nell'intento, perché Chicago cadde nell'orbita di Harvard, dove era nel frattempo prevalso il metodo di Langdell.

Langdell aveva introdotto rigore nell'insegnamento e nello stu-

---

(7) W.C. Chase, *The American Law School and the Rise of Administrative Government*, Madison, 1982, p. 125.

(8) F.J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, New York, 1893.

(9) E. Freund, *The Law of the Administration in America*, in *Political Science Quarterly*, 9, 1894, p. 405.

(10) F.J. Goodnow, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York, 1905, p. 17.

(11) F. Cammeo, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giur. it.*, 1895, IV, p. 81.

dio del diritto in un momento critico della storia della scuola giuridica di Harvard. Aveva fatto affermare lo studio delle decisioni dei giudici come base della istruzione: la soluzione di problemi giuridici e il *legal reasoning* rendevano le sentenze il mezzo ideale per far acquisire la padronanza scientifica del diritto. Langdell, però, così limitava lo studio del diritto ad una sola fonte, escludendo lo studio della legislazione. Nel diritto amministrativo, il giudice aveva un ruolo minore: dunque, non c'era posto per esso nel *curriculum* di Harvard. Qui il diritto amministrativo sarà oggetto di *lectures* facoltative e solo nel 1940 diventerà parte del piano di studi per conseguire il diploma (12).

All'inizio del ventesimo secolo, negli Stati Uniti era diffuso il convincimento che scopo dell'istruzione giuridica non fosse la padronanza di un corpo di conoscenze, ma piuttosto l'uso di capacità analitiche e di metodologie per affrontare problemi complessi (13). L'insegnamento era, dunque, problematico e casistico. Il metodo introdotto da Langdell nel 1870 trovò un sostegno nella scuola realistica, per la quale lo studio del diritto si identificava con la previsione delle decisioni giudiziarie e il diritto era — secondo la frase inventata da Bentham — « judge-made law » (14). L'opera pionieristica di Goodnow e di Freund rimase, secondo l'espressione usata da Frankfurter nel 1927 (15), « caviar not merely to the general » (e cioè troppo raffinata per essere apprezzata dai contemporanei e sconosciuta quindi ai giudici e agli avvocati, nonché agli insegnanti di diritto).

Dopo il grande esordio e il silenzio che lo seguì, bisognerà aspettare il terzo decennio del secolo ventesimo per assistere alla *rinascita* del diritto amministrativo. Alla sua base ci sono l'apparizione delle *regulatory agencies* e della *delegated legislation* (e cioè del potere normativo dell'esecutivo), lo sviluppo del potere discrezionale amministrativo, l'espansione della *judicial review* (e cioè della giustizia amministrativa). Si cominciano a discutere la posizione

(12) W.C. Chase, *The American Law School*, cit., p. 25 ss. e p. 46 ss.

(13) W.C. Chase, *op. ult. cit.*, p. 38.

(14) Un punto di vista critico su questo ed altri aspetti della cultura giuridica americana in G. Radbruch, *Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes*, in *Law Quarterly Rev.*, 52, 1936, p. 541-542.

(15) F. Frankfurter, *The Task of Administrative Law*, cit., p. 616.

costituzionale delle 'agenzie', i limiti della *regulation* amministrativa, i diritti dei privati nel corso dell'azione amministrativa e quelli dei giudici nei confronti dell'amministrazione, specialmente con riguardo ai nuovi controlli sulle ferrovie e sui servizi di pubblica utilità. Nel 1921 il *Commonwealth Fund* istituisce la *Committee on Administrative Law and Practice*, presieduta da Freund, di cui fanno parte sia Goodnow, sia il maggiore studioso della seconda generazione, Felix Frankfurter.

Ma nel 1916 l'*American Bar Association* rileva che il diritto amministrativo è ancora nella sua infanzia, perché rozzo e imperfetto; nel 1923 Freund osserva che i giuristi americani considerano il diritto amministrativo ancora come *something new* nella scienza del diritto (16) e quattro anni più tardi Frankfurter nota che il diritto amministrativo viene scarsamente riconosciuto dall'avvocatura, nonostante che l'espressione sia ormai acquisita nel vocabolario delle corti (17).

Il protagonista della rinascita del diritto amministrativo è Felix Frankfurter, nato a Vienna nel 1882, professore ad Harvard per quasi un quarantennio e, poi, giudice della Corte Suprema per un altro ventennio. Frankfurter osserva che « we must travel outside the covers of law books to understand [administrative] law » (18). L'esame del *law in action* richiede attenzione per processi di decisione, pratiche amministrative, relazioni tra amministrazioni e giudici. Il richiamo di Frankfurter alla realtà amministrativa si accompagna, però, alla cautela nei confronti di sintesi premature e generalizzazioni sterili. Il diritto amministrativo — egli osserva — è influenzato dagli specifici interessi affidati alla cura di una particolare istituzione, dalla sua storia, dalle strutture e dall'ambiente in cui opera. Non basta esaminare le sentenze, bisogna anche considerarle alla luce del settore a cui si applicano.

È solo nel 1941, quando Frankfurter lasciò l'insegnamento per la Corte Suprema, che può riconoscersi la « full acceptance of

(16) E. Freund, *Historical Survey*, in Aa.Vv., *The Growth of American Administrative Law*, St. Louis, 1923, p. 9.

(17) F. Frankfurter, *The Task of Administrative Law*, cit., p. 615.

(18) F. Frankfurter, *op. ult. cit.*, p. 620.

administrative law » (19). Ma questo non ha le caratteristiche che aveva assunto in origine: non è studio sistematico, non presta attenzione alla comparazione, non è aperto agli apporti di altre discipline. Il metodo di Langdell ha prevalso, sia pure attenuato dallo studio per la realtà amministrativa che precede il giudizio delle corti.

Proprio su quest'ultimo aspetto si concentreranno i tre maggiori giuristi della terza generazione, James M. Landis, Louis L. Jaffe e Walter Gellhorn, nati intorno agli stessi anni (il primo nel 1900, il secondo nel 1905, il terzo nel 1906), insegnanti i primi due della scuola giuridica di Harvard, il terzo di quella della *Columbia University* di New York (20).

Landis, nel volume sull'*Administrative Process*, nel quale porta la sua esperienza pratica di amministratore al servizio di Roosevelt e del *New Deal*, osserva che il diritto amministrativo non è un fenomeno che interessa soltanto il potere esecutivo perché le 'agenzie' abbracciano tutti e tre gli aspetti del potere pubblico, quello normativo, quello esecutivo e quello giudiziario. L'*administrative process* è « our generation's answer to the inadequacy of the judicial and the legislative processes », rispetto ai quali presenta i vantaggi della specializzazione e del ricorso ad esperti in campi dove i problemi sono nuovi e le soluzioni sono difficili (21).

È Landis che fissa le problematiche principali del diritto amministrativo americano del successivo cinquantennio: *delegated legislation* (importante per il divieto di *delegation of legislative powers*), *administrative adjudication* e *judicial review*. Queste problematiche sono tipiche dell'esperienza americana e derivano dall'accettazione in quella Costituzione della divisione dei poteri (di qui la discussione sul potere sostanzialmente normativo delle 'agenzie' e quella sui limiti del controllo giudiziario sull'amministrazione) e dalla tradizione democratica (da cui discendono i dubbi sull'affidamento di ampi poteri all'esecutivo).

---

(19) F. Frankfurter, *The Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, in *Columbia Law Rev.*, 41, 1941, p. 586-587.

(20) Il più anziano dei quali, Landis, fu doppiamente legato a Frankfurter, perché suo allievo, e perché collaborò come lui con Roosevelt.

(21) J.M. Landis, *The Administrative Process*, Yale Univ. Press, 1938, 7ª ed., 1966, pp. 46, 23-24, 31.

Nell'ottica di Landis, l'istruzione giuridica centrata sulla soluzione di singoli casi oscura l'esame delle istituzioni e la conoscenza dell'amministrazione (22), e non consente lo studio della legislazione (23).

Anche Jaffe, che pure dedicherà nel 1965 un importante contributo al *Judicial Control of Administrative Action* (24), è attento all'*administrative process* e alle sue difficoltà, dalle pressioni degli interessati sull'amministrazione alla presunzione del regolatore a favore del regolato, alla disattenzione del regolatore per il dinamismo dell'industria, ai limiti dell'esercizio di poteri pubblici, che non assumono le responsabilità delle conseguenze delle loro decisioni, alla scelta del personale delle 'agenzie', fino agli ampi e mal definiti poteri di regolazione affidati all'esecutivo dal legislatore (25).

Gellhorn prosegue la tradizione che attribuisce grande rilievo alla giurisprudenza delle corti, ma, al tempo stesso, contribuisce in modo determinante alla legge sul procedimento amministrativo del 1946. È lui che guida la costruzione della legge, che resterà modello fondamentale per molti interventi legislativi in numerosi altri Paesi. È lui che riesce a trovare un solido equilibrio tra le aspirazioni delle imprese che chiedevano la riduzione radicale del *discretionary power* e le ragioni dell'amministrazione pubblica. Ed è sempre lui che costruirà il *text-book* affiancando all'esame casistico l'attenzione per la *legislation* e per l'*administrative action* (26).

Frankfurter ha affermato che « the law is what the lawyers are » e che « the law and the lawyers are what the law schools make them » (27). La prevalenza del metodo di Langdell ad Harvard e il ruolo dominante di tale Università tra le scuole giuridiche ha portato

---

(22) W.C. Chase, *The American Law School*, cit., p. 139 ss.

(23) J.M. Landis, *The Study of Legislation in Law Schools*, in *Harvard Grad. Mag.*, 1931, 39, p. 433.

(24) L.L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965.

(25) L.L. Jaffe, *The Effective Limits of the Administrative Process: a Reevaluation*, in *Harvard Law Rev.*, 67, 1954, p. 1105 ss.

(26) Si veda il *Symposium* per i quaranta anni dell'*Administrative Procedure Act*, in *Virginia Law Rev.*, 72, 1986, n. 2, ove, principalmente, W. Gellhorn, *The Administrative Procedure Act: the Beginnings*, p. 219 ss. e M. Shapiro, *Apa: Past, Present and Future*, p. 447 ss.

(27) F. Frankfurter, cit., in W.C. Chase, *The American Law School*, cit., p. 138.

in primo piano, negli Stati Uniti, il modello giudiziario, mettendo in secondo piano la legislazione e il suo studio sistematico, l'analisi comparativa, l'attenzione per gli apporti delle discipline non giuridiche. La straordinaria *performance* dell'*administrative process* nel *New Deal* ha spinto i maggiori giuristi della terza generazione a sottolineare i limiti del *judicial process* (28). Ma senza modificare i paradigmi di fondo di una cultura ormai da più di un secolo fondata sul riconoscimento della preminenza delle pronunce dei giudici.

3. *Il contributo di Richard B. Stewart al diritto amministrativo.*

Se i giuristi della terza generazione, quelli nati agli inizi del secolo ventesimo, si erano trovati nella tempesta della grande crisi e del *New Deal*, ed erano stati impegnati nell'analisi della crescita dello Stato regolatore, Richard B. Stewart e gli altri studiosi del diritto amministrativo della quarta generazione (29) hanno operato in un'epoca dominata da due ulteriori e diversi fenomeni: la *Rights Revolution* e l'*Americanisation of Law*.

La rivoluzione dei diritti è prodotta dalla straordinaria crescita della regolazione statale americana, diretta a proteggere l'ambiente, la salute, la sicurezza, i diritti civili (30). L'americanizzazione del diritto è il risultato della globalizzazione, che rende esportabile il diritto americano. Questo viene recepito in altri ordinamenti per effetto di fattori diversi, da quello linguistico (l'inglese diviene la lingua franca del diritto) a quello dovuto alla formazione giuridica (la formazione post-universitaria di un bravo giurista, di qualunque parte del mondo esso sia, si svolge prevalentemente nelle scuole giuridiche degli Stati Uniti), a quello indotto dalle *law firms* (le più grandi ed attive sono quelle americane) (31).

---

(28) Questa è la tesi di W.C. CHASE, *op. ult. cit.*, p. 14.

(29) Tra i quali va citato almeno Stephen G. Breyer, a lungo collega di Stewart ad Harvard e suo coautore, di cui sono importanti *Regulation and Its Reform*, Cambridge (Ma.), 1982 e *Breaking the Vicious Circle - Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge (Ma.), 1993.

(30) C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge (Ma.), 1990.

(31) L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven (Ct.), 2002, p. 572 ss.

Come ha interpretato questa evoluzione Richard B. Stewart? E come vi ha contribuito? Come si è, quindi, legato alle due tradizioni della cultura americana del diritto amministrativo, quella iniziale e quella della rinascita?

Prima di rispondere a queste domande, va fatta un'avvertenza. Un giurista non fa, come i cultori delle *hard sciences*, scoperte o invenzioni. Dalle sue opere non derivano, solitamente, rivoluzioni scientifiche. Quello del giurista è un compito diverso: egli analizza materiali normativi, studia contesti, esamina cause ed effetti, prevede conseguenze. Se, per questo verso, l'opera del giurista appare minore, essa, per altro verso, è importante, perché il giurista disegna architetture e propone soluzioni che incidono sul vivere civile, perché ne modificano le regole.

Stewart, sotto il profilo del metodo, si collega alla tradizione della seconda e della terza generazione di studiosi. Secondo lui, il diritto amministrativo non è solo *administrative procedure*, ma anche *administrative process*. Per comprendere una decisione dei giudici, bisogna anche conoscere la decisione amministrativa e i fattori burocratici e politici che l'hanno prodotta. Dunque, lo studio delle sole sentenze non è sufficiente, perché lontano dalla sostanza del processo di decisione dell'amministrazione (32).

Stewart si collega, però, anche alla tradizione della prima generazione, prestando attenzione alla storia. Basti ricordare il capitolo introduttivo del testo da lui curato insieme a Stephen G. Breyer, che reca non a caso il sottotitolo *Problems, Text, and Cases* (33). Qui c'è un'ampia analisi dell'evoluzione della disciplina amministrativa, dai precedenti inglesi alle prime esperienze americane, alla fase della crescita della regolazione, al *New Deal*, alla legge sul procedimento amministrativo, agli ultimi sviluppi. Insomma, per Stewart la storia conta, e non conta solo come *path dependence*.

Non bisogna dimenticare che l'opera di Stewart si colloca nel periodo successivo al 1960, in cui declina — negli Stati Uniti — la

---

(32) S.G. Breyer - R.B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy - Problems, Text, and Cases*[3], Boston, 1992, p. XXXVII-XXXVIII. Il richiamo alla 'sostanza', contrapposta alla 'procedura' è una costante. Si vedano K.C. Davis, *Administrative Law Text*[3], St. Paul, Minn., 1972, 2 e G.O. Robinson - E. Gellhorn, *The Administrative Process*, St. Paul, Minn., 1974, p. XII.

(33) S.G. Breyer - R.B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, cit.

convinzione dell'autonomia del diritto ed emerge un nuovo tipo di studio del diritto, che applica anche altre discipline — principalmente l'economia e la filosofia politica — all'analisi dei problemi giuridici tradizionali e sviluppa la ricerca interdisciplinare delle istituzioni (34).

In questo senso, Stewart risponde alla critica dei comparatisti e degli studiosi di scienza politica. I primi osservano che « [...] administrative law in the United States is procedure; there is no field of general substantive administrative law. American jurists do not make the German distinction between *Verwaltungsrecht* and *Verwaltungsverfahrensrecht* » (35). I secondi lamentano che i giuristi non studino gli effetti della giustizia amministrativa sulle decisioni amministrative e come la pubblica amministrazione funzioni effettivamente, invocando « get real, administrative law » (36).

Questo il motivo dell'interesse di Stewart per il diritto ambientale, un campo di diritto amministrativo applicato, dove forma e sostanza si legano e lo studio delle sentenze dei giudici è compiuto insieme a quello della legislazione. In questo senso, Stewart continua un'altra tradizione dei maestri della seconda e della terza generazione di cultori del diritto amministrativo, che avevano studiato altri campi, oltre al proprio ramo del diritto: Frankfurter il diritto costituzionale e Jaffe il diritto della responsabilità.

Detto del metodo, cercherò di illustrare il contributo di Stewart al diritto amministrativo ordinandolo intorno a *tre problemi*. Il primo è quello del dilemma del *Regulatory State*: come conservare i benefici della disciplina pubblica, senza che questi facciano diminuire la produttività dell'industria che vi è sottoposta. Il secondo è quello della partecipazione del cittadino all'amministrazione. Anche qui c'è un dilemma: come assicurare la democraticità dell'azione amministrativa, senza, tuttavia, che quest'ultima divenga prigioniera di interessi particolari. Il terzo è quello del diritto amministrativo

---

(34) R.A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in *Harvard Law Rev.*, 100, 1987, p. 761 ss.

(35) D.S. Clark, *Civil and Administrative Courts and Procedure*, in *American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, p. 181.

(36) R.S. Melnick, *Administrative Law and Bureaucratic Reality*, in *Administrative Law Rev.*, 44, 1992, p. 245 ss.

globale, stretto tra l'esigenza di stabilire regole comuni all'ordine giuridico universale e quella di salvaguardare i diritti nazionali.

Sul *primo* dilemma, Stewart propone di abbandonare il bastone per la carota. Sostituire il modello imperativo di *command and control* dell'industria privata da parte dei poteri pubblici con quello che egli chiama *reconstitutive law*, e cioè con incentivi. In questo modo si possono conservare i benefici della disciplina pubblica dell'ambiente, della sanità, della sicurezza, riducendo, nello stesso tempo, il peso della regolazione pubblica sull'economia. Si tratta di utilizzare i prezzi per orientare la condotta delle imprese verso la direzione desiderata, lasciando ai soggetti regolati la possibilità di scegliere il metodo meno costoso.

L'esempio maggiore di questa utilizzazione di strumenti economici per ricostituire il mercato a fini regolatori, riducendo pianificazioni e controlli statali, è quello ambientale, dove, sviluppando l'idea formulata separatamente da un economista americano, Thomas Crocker, e da un economista canadese, John Dales, prima la disciplina americana, poi quella mondiale (protocollo di Kyoto), infine quella europea hanno introdotto permessi di inquinamento trasferibili. Viene limitato l'inquinamento totale e permesso l'acquisto e la vendita delle autorizzazioni ad inquinare tra inquinatori (*tradable pollution rights*). In tal modo, è rispettato il limite totale, ma viene lasciata libertà alle imprese di ridurre l'inquinamento direttamente, oppure di 'pagare' altri che, avendo ridotto le proprie emissioni (anche tramite l'utilizzo di tecnologie innovative meno inquinanti), dispongono di un *surplus* di autorizzazioni da vendere sul mercato (37). Così, non è lo Stato che detta singolarmente i singoli obiettivi, con un sistema di pianificazione e controllo centralizzato, pesante e poco *cost-effective*. Esso fa solo rispettare l'obiettivo totale, quello che interessa la collettività, lasciando alle singole imprese la scelta del sistema più conveniente per ciascuna di esse. In tal modo viene ridotto l'impatto negativo della regolazione sull'innovazione (38).

---

(37) R.B. Stewart, *Economic Incentives for Environmental Protection: Opportunities and Obstacles*, in *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development*, ed. by R.L. Revesz - P. Sands - R.B. Stewart, Cambridge, 2000, p. 171-244.

(38) Le idee così riassunte sono sviluppate principalmente in R.B. Stewart,

Per comprendere il contributo di Stewart sul *secondo* dilemma, va ricordato che, negli Stati Uniti, dal 1960, sotto la pressione delle associazioni dei consumatori e degli ambientalisti, i legislatori e i giudici hanno riconosciuto a tutti gli interessati il diritto di essere consultati dalla pubblica amministrazione sulle decisioni collettive o generali, stabilendo, nello stesso tempo, un obbligo dell'amministrazione di rispondere adeguatamente alle osservazioni dei cittadini; hanno ampliato la legittimazione a ricorrere ai giudici contro le decisioni amministrative; hanno introdotto — più tardi — il *negotiated rule-making*, consentendo così ai privati di partecipare, negoziando e non solo presentando osservazioni, al processo di decisione riguardante atti amministrativi generali ([39]).

Stewart osserva che il modello tradizionale, prevalente nel periodo 1880-1960, presentava il diritto amministrativo come cinghia di trasmissione per l'applicazione di leggi a casi particolari, sotto il controllo dei giudici. La realtà era diversa. La legge era impotente a limitare la discrezionalità amministrativa. I giudici non riuscivano a tenere le amministrazioni sotto controllo. Le autorità erano prigioniere dei maggiori interessi organizzati. Questa situazione critica poneva il problema della democrazia nell'amministrazione.

Per uscire da questa situazione — nota Stewart — viene esteso il diritto di partecipare nel corso del procedimento, vengono riconosciuti come azionabili nuovi interessi, i giudici scelgono *hard look standards* nel riesaminare le decisioni amministrative e riconoscono *initiation rights*, diretti a rimediare all'inazione dell'amministrazione. Così i conflitti dinanzi alle amministrazioni e le controversie giudiziarie divengono multi-polari, perché vi è incluso un più ampio universo di interessi, al limite tutti quelli coinvolti dalla decisione, in modo da raggiungere un equo contemperamento tra di loro. Questo surrogato molto imperfetto della partecipazione politica viene definito da Stewart *interest representation model* (l'espressione era stata

---

Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework, in *California Law Rev.*, 69, 1981, p. 1263 ss.; ID., *Madison's Nightmare*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 57, 1990, p. 335 ss.; ID., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 1 ss.

([39]) Su questi sviluppi, M. SHAPIRO, *Two Transformations in Administrative Law: American and European?*, in *The Europeanisation of Administrative Law*, a cura di K.H. Ladeur, Dartmouth, 2002, p. 14 ss.

adoperata già nel 1928 da Ernst Freund, nel volume sugli *Administrative Powers over Persons and Property*) (40). Secondo questo modello, tutti i gruppi interessati hanno il diritto di partecipare alle procedure di decisione degli uffici pubblici che li riguardano e dispongono di rimedi giurisdizionali per assicurarsi che gli uffici abbiano considerato adeguatamente i loro interessi.

Questo modello — continua Stewart — risponde alla preoccupazione (egli dice l'incubo) di Madison, relativa alla vulnerabilità della politica nazionale rispetto alla pressione delle fazioni. L'interesse generale rischia di soccombere, vittima di interessi particolari. Per uscire dal labirinto di micro-politiche frammentarie e spesso irresponsabili, dominate dalle fazioni, che non rispondono all'interesse generale, si è cercato di dare a tutti gli interessi, inclusi quelli dei gruppi di *public interest*, la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo, sotto il controllo del giudice.

Questo modello, che pare introdurre la democrazia nell'amministrazione, presenta — secondo Stewart — numerosi inconvenienti: le risorse non sono distribuite in modo eguale tra i gruppi che partecipano al procedimento, per cui gli interessi non organizzati risultano svantaggiati; i gruppi non rispondono sempre del proprio operato nei confronti di coloro che dovrebbero rappresentare; conflitto e negoziazione producono compromessi, non la cura dell'interesse generale; la partecipazione richiede tempo e risorse, e ritarda le procedure (l'approvazione delle decisioni più importanti richiede almeno 5 anni).

Insomma, per risolvere il potenziale *deficit* democratico prodotto dall'ampia attribuzione di poteri normativi alla burocrazia, è stato richiesto a questa di tener conto di tutti gli interessi coinvolti dalle sue decisioni e di motivare queste ultime. Ma questo modello 'procedurale' presenta costi molto alti. Per cui o si ricorre alla *deregulation*, o si richiede al legislatore di assumere maggiori responsabilità, o si introducono più forti controlli giudiziari (41).

Un nuovo territorio si apre ora al diritto amministrativo, il

---

(40) W.C. CHASE, *The American Law School*, cit., p. 135.

(41) Si vedano principalmente i seguenti scritti di R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Rev.*, 88, 1975, p. 1699 ss.; ID., *Madison's Nightmare*, cit.; ID., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, cit.

diritto amministrativo globale: questo è il *terzo* dei temi sui quali si è impegnato Stewart. Il traffico aereo, le telecomunicazioni, il commercio, i cambiamenti climatici e la proprietà intellettuale sono sottoposti a norme non solo nazionali, ma anche globali. L'ordine giuridico universale si sviluppa in senso verticale, con trattati tra Stati; in senso orizzontale, attraverso la cooperazione tra organi di regolazione nazionali; in modo misto, a mezzo della collaborazione tra Stati, organizzazioni nazionali e privati. Esso tende ad assorbire poteri, sottraendoli agli ordinamenti nazionali, o ad uniformare questi ultimi. I critici obiettano che non ha una legittimazione democratica, perché non risponde a una popolazione o a una collettività. Nell'alternativa tra estendere il diritto amministrativo interno e gettare le fondamenta di un nuovo diritto amministrativo globale, Stewart opta per la seconda tesi, purché — aggiunge — il diritto amministrativo globale operi attraverso quello nazionale e si fondi su di esso, rafforzando, piuttosto che sostituendo, i sistemi nazionali di decisione (42). Dunque, il diritto amministrativo globale risulterà sia dal ricorso a strumenti nuovi, sia dall'utilizzazione del diritto amministrativo domestico.

In *conclusione*, al 'sovrappeso' della regolazione pubblica, Stewart reagisce suggerendo di non abbandonare la difesa degli interessi collettivi, ma di affidarla a strumenti più semplici ed efficaci. Alla « rivoluzione dei diritti » risponde in modo critico: è un passo avanti, ma rischia di bloccare l'amministrazione, per cui non basta da sola. Riguardo alla globalizzazione del diritto, osserva che essa non deve trasformarsi in 'americanizzazione', perché l'ordine giuridico universale deve poter coesistere con quelli domestici.

Rispetto alle due tradizioni della scienza americana del diritto amministrativo, quella originaria, che risale a Goodnow e a Freund, e quella che ha in Frankfurter il suo alfiere, Stewart si colloca in una posizione mediana. Dalla prima prende l'apertura verso gli studi non giuridici, mentre della seconda conserva l'attenzione per l'*administrative process* (dunque, il diritto non si identifica con le pronunce dei giudici).

Richard B. Stewart ha avuto, infine, due grandi meriti. Da un lato, ha fissato, con formule semplici ed eloquenti, le nuove proble-

(42) R.B. Stewart, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, cit.

matiche del diritto amministrativo americano, individuando le tendenze dell'ordinamento e determinando i paradigmi concettuali necessari per comprenderle (ad esempio l'*interest representation model*). Dall'altro, ha colto i problemi aperti e suggerito o sviluppato le soluzioni per conservare i benefici delle nuove discipline e non pagarne i costi (ad esempio, l'uso dei sistemi di incentivi economici da parte della regolazione o l'equilibrio tra diritto globale e diritti domestici).

IV.

COMPARAZIONI E CONVERGENZE

LO STUDIO COMPARATO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO IN ITALIA (*) (**)

1. Il mancato decollo dello studio comparato del diritto amministrativo, i trapianti di istituzioni amministrative e lo sviluppo delle scienze amministrative comparate. — 2. Gli inizi degli studi comparati di diritto amministrativo in Italia, negli anni Cinquanta di questo secolo, e i tre temi principali di questi studi negli ultimi vent'anni. — 3. Il trapianto delle istituzioni amministrative e quello della cultura giuridica amministrativistica: sull'origine napoleonica del diritto amministrativo italiano e sull'influenza del *common law* nel diritto amministrativo italiano. — 4. Conclusioni sull'oggetto e sul metodo della comparazione giuridica amministrativa.

1. *Il mancato decollo dello studio comparato del diritto amministrativo, i trapianti di istituzioni amministrative e lo sviluppo delle scienze amministrative comparate.*

A lungo ritenuto un prodotto della storia di ciascun paese, il diritto amministrativo ha conservato fino a tempi recenti un carattere strettamente nazionale. In altri campi del diritto, gli studi comparatistici hanno ormai almeno sessanta anni di vita, se si assume come data di nascita dello studio universale dei diritti l'opera di John Henry Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems* (Saint Paul, Minn., 1928) o ancora di più, se si risale alla fondazione della *Société de Législation comparée* francese o alla istituzione della cattedra di diritto comparato ad Oxford (1869). Particolarmente sviluppati gli studi di diritto privato e di diritto costituzionale comparati.

Il mancato sviluppo dello studio comparato del diritto ammini-

---

(*) Relazione alla *journeé d'étude* del "Centre français de droit comparé" su *Le droit administratif en droit comparé* (26 aprile 1989).

(**) L'autore ringrazia Marco D'Alberti ed Enrico Gustapane per la lettura di una prima versione di questo testo e per i commenti e suggerimenti.

strativo è tanto più strano in quanto esso è in contrasto con almeno tre fenomeni. Il primo di essi è il trapianto (per dirla con termine preferito nell'area culturale inglese; nell'area culturale francese si preferiscono i termini trasferimento e « migrazione ») di istituti amministrativi di alcuni paesi in altri paesi: si pensi soltanto alla diffusione del Consiglio di Stato francese in paesi diversi come l'Italia, la Grecia, il Portogallo, il Belgio, ecc.; al successo dell'*Ombusdman* svedese in Francia, in Gran Bretagna, in Italia e in tanti altri paesi; alla fortuna della « procedimentalizzazione » dell'attività amministrativa, dall'Austria agli Stati Uniti e, di recente, nella Repubblica Federale Tedesca. Da un lato, questi fenomeni di imitazione avrebbero dovuto attrarre l'attenzione dei comparatisti. Dall'altro, l'impostazione nazionalistica dello studio del diritto amministrativo avrebbe dovuto essere smentita da questi esempi: essi dimostrano che, anche per l'amministrazione pubblica, come scriveva un grande studioso italiano dell'ottocento, Emerico Amari, la civiltà è « dativa », non è « nativa ».

Il secondo fenomeno è costituito dallo sviluppo della scienza amministrativa comparata. Si possono segnalare, dapprima, il *Comparative Administration Group* americano, attivo, sotto la direzione di Fred W. Riggs, nel periodo 1960-1973. Poi, il volume di Ferrel Heady, *Public Administration - A Comparative Perspective* (New York, I ed. 1966; III ed. 1984), il volume di H. Puget, *Les administrations administratives étrangéres*, Paris, Dalloz, 1969, il *cours policopié* di Guy Braibant, *Institutions Administratives Comparées* (Paris, IEP, 1986) e l'opera collettiva a cura di D.C. Rowat, *Public Administration in Developed Democracies - A Comparative Study*, New York, 1988. Il gruppo americano ha seguito un approccio per casi, distribuiti tra diversi paesi. Il volume di Heady è centrato sull'alta burocrazia e sui suoi rapporti con il sistema politico in paesi sviluppati e in paesi in via di sviluppo (sono esaminati circa 30 paesi). Il corso di Braibant è, invece, centrato, su argomenti (strutture, personale e controlli) e prende in considerazione all'incirca dieci amministrazioni nazionali. Istituzioni come *l'Institut International des Sciences Administratives*, il *Group Européen d'Administration Publique* - GEAP e il gruppo diretto da Charles Debbasch, che pubblica, da un decennio, l'*Annuaire Européen d'Administration*

Publique, continuano con successo il lavoro avviato con i maggiori studi.

Agli studi di scienza amministrativa comparata si sono aggiunti, da almeno un ventennio, quelli di scienza politica comparata relativi alle amministrazioni pubbliche. Questi riguardano, in particolare, l'area europea e gli Stati Uniti ed hanno approfondito temi come quelli dell'aumento delle funzioni delle amministrazioni pubbliche (ad esempio, gli studi compiuti da Richard Rose e quelli diretti da Peter Flora sul *Welfare State*), quelli dell'alta dirigenza e dei suoi rapporti con la politica (si segnalano, in particolare, le ricerche dirette da Richard Rose, quelle curate da Fred Ridley e quelle curate da Ezra Suleiman), quelli del rapporto tra centro e periferia e della regionalizzazione (col contributo, in particolare, di Yves Meny, Vincent Wright e di Jim Sharpe), quelli delle imprese pubbliche e delle privatizzazioni (ricerche dirette da Henry Parris e da Gérard Timsit). Ma molti altri studi comparati sono stati compiuti da istituzioni come l'*European Consortium for Policy Research* - ECPR e da riviste come *West European Politics*.

Il terzo fenomeno è lo sviluppo delle Comunità europee e di un diritto amministrativo che non è nazionale o statale, quanto all'origine, ma che si applica in ciascun paese delle Comunità. Nell'area europea, dunque, si va creando un sistema di diritto misto, in parte di formazione statale, in parte di formazione extrastatale.

Per sottolineare la stranezza del mancato sviluppo del diritto amministrativo comparato, va ricordata, infine, la pubblicazione, nel 1893, di un'opera capitale come quella di Frank J. Goodnow, *Comparative Administrative Law - an Analysis of the Administrative Systems, National and local, of the United States, England, France and Germany* (2 voll., Putnam's Sons, New York). Lo studioso americano, in questa esemplare opera comparativa, analizzava, con riferimento ai quattro paesi menzionati nel titolo, la separazione dei poteri, l'organizzazione amministrativa centrale e locale, l'impiego pubblico, gli atti amministrativi, il controllo giudiziario e quello parlamentare sull'amministrazione. In quest'opera, ancor oggi di eccezionale modernità quanto all'impostazione e al metodo, Goodnow notava che i grandi problemi del diritto pubblico non sono più quelli costituzionali, ma quelli amministrativi. Liquidava in pochi passaggi il pregiudizio di Dicey circa l'inesistenza in Inghilterra di un

diritto amministrativo e definiva il diritto amministrativo come quella parte del diritto pubblico che disciplina l'organizzazione amministrativa, l'impiego pubblico e i rapporti autorità amministrative-cittadini. Sosteneva che il diritto amministrativo doveva essere studiato separatamente dagli altri rami del diritto. Infine, si schierava a favore della comparabilità dei diversi diritti amministrativi nazionali. La voce di Goodnow sarà destinata a rimanere senza eco per quasi un secolo ed ancora oggi coloro che « scoprono » il diritto amministrativo comparato la ignorano.

2. *Gli inizi degli studi comparati di diritto amministrativo in Italia, negli anni Cinquanta di questo secolo, e i tre temi principali di questi studi negli ultimi vent'anni.*

Veniamo all'Italia. Qui, fino alla metà di questo secolo, non si può parlare di studio comparato del diritto amministrativo: vi è un interesse per il diritto amministrativo di altri paesi, ma rimane episodico. La scienza del diritto amministrativo aveva preso un nuovo sviluppo, dal 1889, per l'influenza della scienza giuridica tedesca, dalla quale assorbì il cosiddetto metodo dogmatico. Ma l'attenzione non era rivolta agli istituti del diritto positivo tedesco, bensì alla cultura, al modo di ragionare, ai metodi, alla sistematica. Rimaneva viva — è vero — l'influenza francese, che richiamava l'attenzione sulla realtà e sulla giurisprudenza. Anche questa, però, agiva sul modo di studiare il diritto italiano, non portava ad interessarsi, in maniera sistematica, del diritto amministrativo francese, per compararlo a quello italiano.

Un cambiamento si registra verso gli anni Cinquanta. Esso è caratterizzato da uno spostamento dell'attenzione verso i diritti anglosassoni, inglese e americano. E da un inizio di comparazione giuridica nel diritto amministrativo. La comparazione riguarda, come ora appare naturale, il controllo giurisdizionale dell'amministrazione in assenza di un giudice specializzato.

Bisogna, però, attendere gli anni Settanta perché lo studio comparativo si sviluppi a pieno. Esso seguirà l'impostazione tematica, piuttosto che quella per famiglie di sistemi giuridici, o per paesi, o per casi, e si attesterà, da allora ad oggi, intorno a tre temi principali.

Il primo, quello più studiato, è relativo alle sorti del diritto amministrativo stesso, inteso come diritto speciale. Gli interrogativi comuni di molte ricerche sono stati: esistono amministrazioni pubbliche che non siano sottoposte al diritto amministrativo, ma allo stesso diritto proprio dei rapporti tra privati? Qual è l'estensione delle norme derogatorie al diritto comune nei paesi senza giudice amministrativo speciale? E, dall'altro lato, quanto estese sono le amministrazioni pubbliche che si valgono del diritto privato nei paesi, come la Francia e l'Italia, caratterizzati dalla presenza di un diritto amministrativo « speciale »?

Ricerche di questo tipo hanno riguardato l'estensione del diritto speciale nel campo dove amministrazioni come quella inglese e quella statunitense usano una veste privatistica (ad esempio, i contratti amministrativi); le differenze tra la proprietà privata della pubblica amministrazione e il « demanio pubblico »; le potestà speciali della pubblica amministrazione, come quella di eseguire i propri ordini senza ricorrere al giudice; le differenze tra il giudice ordinario e quello amministrativo.

Le indagini svolte lungo questo ordine di problemi hanno portato a comparare, innanzitutto, il diritto amministrativo italiano a quello inglese e a quello nordamericano, ma non sono mancate comparizioni con il sistema tedesco e con quello francese.

Il secondo tema è quello dei rapporti tra la politica e l'amministrazione. Al modello ministeriale, al cui vertice è posto un membro del corpo politico, si è opposto il modello delle *indipendent regulatory agencies* americane e delle *autorités administratives indépendantes* francesi (quando non si è andati più lontano, fino alle agenzie svedesi).

Queste indagini riguardano prevalentemente l'organizzazione e i controlli e si estendono a paesi come gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Francia.

Il terzo tema è quello della giustizia nell'amministrazione e del procedimento amministrativo. La comparazione giuridica con l'Austria, con gli Stati Uniti e con la Repubblica Federale Tedesca, che hanno adottato, in tempi diversi, leggi generali sul procedimento amministrativo, ha posto in luce la sostanziale arretratezza del diritto amministrativo italiano, nel quale vi sono tante discipline legislative

quanti sono i procedimenti e gli unici principii comuni sono quelli elaborati dalla giurisprudenza.

Il progresso degli studi comparatistici nel campo del diritto amministrativo è sostenuto dai frequenti contatti tra gli studiosi. Sarebbe impossibile citare quelli personali ed episodici. Si ricorda solo che studiosi di diritto amministrativo italiani sono associati da più di un ventennio con quelli spagnoli e da un decennio con quelli tedeschi, incontrandosi periodicamente per comparare i diritti amministrativi nazionali.

Naturalmente, non è tutto oro quello che riluce. Sono frequenti, negli studi comparatistici italiani, le tentazioni di sovrapporre una cultura all'altra: ad esempio, di adoperare i criteri « sistematici » della propria tradizione ad un diritto casistico come quello inglese o statunitense.

Il panorama attuale degli studi comparatistici è, dunque, singolare. Da un lato, con esclusione delle ricerche sui temi indicati, non vi sono studi *ad hoc*. Dall'altro, non vi è alcun buon libro di diritto amministrativo che non presti attenzione alla comparazione giuridica, o non contenga una parte di diritto comparato. Per cui si può dire che, nei quaranta anni dalla metà del secolo, la situazione della scienza del diritto amministrativo è cambiata, perché l'impostazione comparatistica vi è penetrata in profondità.

3. *Il trapianto delle istituzioni amministrative e quello della cultura giuridica amministrativistica: sull'origine napoleonica del diritto amministrativo italiano e sull'influenza del* common law *nel diritto amministrativo italiano.*

Dopo aver parlato degli studi comparati di diritto amministrativo, passiamo ad esaminare in termini comparativi le istituzioni amministrative.

Due problemi dominano il campo: quello dell'origine napoleonica del diritto amministrativo italiano e quello della perdita del suo carattere unilaterale e autoritario, con la diffusione di amministrazioni pubbliche rette dal diritto privato. Sia il primo che il secondo riguardano i trapianti giuridici da un paese all'altro; ma il primo il trapianto di istituzioni, il secondo il trapianto di culture giuridiche.

Cominciamo col problema dell'origine napoleonica del diritto amministrativo e dell'amministrazione pubblica italiani.

Per semplificare, si considerano le istituzioni franco-napoleoniche come un tutto unitario. In realtà, ciascuna delle diverse fasi della rivoluzione francese (monarchia costituzionale, governo rivoluzionario, repubblica borghese, direttorio, consolato, impero) ebbe sue istituzioni.

Ora, alla domanda se le istituzioni napoleoniche furono adottate in Italia, si può facilmente rispondere che esse non furono adottate in Italia. Esse furono imposte: nel 1801 con l'istituzione, nel Nord d'Italia, di una Repubblica italiana; nel 1805, nelle tre parti in cui l'Italia fu divisa: Piemonte, Roma e Toscana parti dell'Impero; il Regno d'Italia nel Nord; il Regno di Napoli nel Sud. Dal 1800, vengono imposte, in queste parti, le istituzioni proprie della « monarchia amministrativa » francese.

Come è noto, poi, l'Italia fu nuovamente divisa: Piemonte e Sardegna sotto i Savoia; la Lombardia sotto gli austriaci; la Toscana con gli Asburgo Lorena; Roma al Papa; Napoli ai Borboni. Quando fu unita (1861), l'amministrazione ebbe caratteri e istituzioni che risalgono alla tradizione francese, come l'uniformità, la centralizzazione, il Consiglio di Stato, i prefetti. Ma i caratteri si attenuarono e le istituzioni cambiarono. L'uniformità fu presto rotta dalle amministrazioni speciali per alcune zone, come Napoli, la Sicilia, la Sardegna, la Basilicata, ecc. I prefetti furono strumento di centralizzazione, ma, a differenza dei prefetti francesi, persero presto il controllo sulla amministrazione statale periferica e ogni Ministero sviluppò autonomamente i suoi uffici provinciali o regionali o di altre dimensioni. Il Consiglio di Stato divenne organo giudicante solo alla fine del secolo, non ebbe la *pleine juridiction*, fu sottoposto alla Corte di Cassazione, non al *Tribunal des Conflicts*, e non fu mai *pepinière des grands commis*.

Tocqueville, alla metà del secolo scorso, aveva visto giusto quando, riferendosi alle istituzioni amministrative, aveva parlato (nel II capitolo del II libro de *L'ancien régime et la révolution*) di « ces gouvernements du midi de l'Europe, qui semblent ne s'être emparés de tout que pour laisser tout stérile ». Detto in termini moderni, istituzioni trapiantate cambiano, adattandosi all'ambiente giuridico, e prendono nuove forme, conservando soltanto il nome dell'istitu-

zione originaria. Le culture nazionali e le strutture sociali prendono il sopravvento. Ciò non vuol dire che la comparazione dei diritti amministrativi non sia possibile. Vuol dire che, come tutte le comparizioni, deve tener conto che le istituzioni giuridiche debbono essere viste nella loro funzione sociale, come il prodotto di più fattori, uno dei quali è l'imitazione, mentre un altro è l'ambiente sociale e culturale in cui si sviluppano.

Passiamo al secondo problema, quello dei rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo.

Il tema ha una lunga storia, che può essere così riassunta. In una prima fase, in Italia, non si adotta l'impostazione unilaterale e autoritaria del diritto amministrativo. Prevale, invece, la concezione privatistica: la proprietà, i contratti, il lavoro, ecc., se riferiti alla pubblica amministrazione, non sono retti da un diritto diverso da quello privato. Sul finire del secolo scorso, si affaccia e diventa prevalente l'altra concezione: tutto ciò che appartiene alla pubblica amministrazione diventa dominio del diritto pubblico. Il diritto pubblico acquista confini paragonabili al diritto privato, ma caratteri diversi. Da un lato, il negozio privato, il rapporto di lavoro privato, il contratto di diritto privato, la proprietà privata; dall'altro, l'atto amministrativo, l'impiego pubblico, il contratto di diritto pubblico, il demanio pubblico. I primi dominati dai principi di paritarietà, di bilateralità, di consenso. I secondi dai principi opposti di autorità della pubblica amministrazione, di unilateralità della sua attività, di imperatività dei suoi provvedimenti. L'attribuzione di funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato si limiterà a rafforzare la concezione del diritto amministrativo come diritto speciale.

Questo stato di cose durerà fino agli anni Trenta, quando, invece, penetra in Italia, attraverso la traduzione francese dell'*Introduction to the Law of the Constitution*, l'idea che l'amministrazione pubblica, pur dominata dal diritto amministrativo, possa, in parte, valersi anche del diritto privato. Lo Stato diventa azionista di società, si ammette che taluni dipendenti pubblici non siano legati all'amministrazione dal diritto pubblico, si riconosce che talune amministrazioni — gli enti pubblici che saranno, poi, chiamati economici — presentino un misto di diritto pubblico e di diritto privato.

La vicenda che si è appena descritta si svolge su più piani, ma domina quello culturale. È un cambiamento della cultura giuridica

che provoca l'abbandono della prospettiva privatistica. Sarà l'influenza della interpretazione che Albert Venn Dicey dette del *common law* come diritto che regge sia i rapporti tra privati, sia i rapporti tra privati e amministrazioni, ad aprire la porta al diritto privato nel diritto amministrativo italiano. Solo in anni recenti diventerà chiaro che Dicey, spinto dal suo liberalismo e influenzato dal timore tocquevilliano nei confronti del *droit administratif* francese, aveva ignorato una realtà già sviluppata, quella del diritto amministrativo inglese.

Che ancor oggi una scienza giuridica che si proclama positivistica erga il suo edificio sulle opinioni di due politici — studiosi liberali (Tocqueville e Dicey) è il segno della relatività della scienza e della disfatta delle ambizioni di una scienza giuridica perfettamente positivistica e neutrale. Donde l'insegnamento che una scienza della comparazione giuridica non deve lavorare solo sul diritto di due o più nazioni, ma anche su se stessa e sulle diverse culture giuridiche.

Ma il piano culturale non resterà separato da quello delle istituzioni amministrative, della *law in action*. I giudici italiani saranno pronti a seguire la « dottrina »; verrà, poi, anche il legislatore. Per cui l'errore di Dicey non è stato meno fruttuoso di quello fatto, un secolo e mezzo prima, da Montesquieu, nell'interpretare, sotto l'influenza di Locke, la costituzione inglese nel libro VI, capitolo XI de *L'esprit des lois*.

4. *Conclusioni sull'oggetto e sul metodo della comparazione giuridica amministrativa.*

Qualche conclusione. Una è implicata nella terminologia adottata, ma è stata altre volte ricordata dalla cultura giuridica più avveduta: non esiste un diritto amministrativo comparato, come non esiste un diritto privato comparato. Esiste solo lo studio comparato del diritto amministrativo. Ciò per il motivo molto semplice che il diritto comparato non è un ramo dell'ordinamento, come, invece, il diritto amministrativo, il diritto privato, il diritto di famiglia, il diritto commerciale, ecc. Donde la conseguenza che il termine diritto, normalmente anfibologico (con esso si indica sia un ramo dell'ordinamento, sia lo studio che se ne fa), non può essere adope-

rato, in questo caso, in nessuno dei due significati. Bene fanno, dunque, i giuristi tedeschi a non parlare di diritto comparato, ma di *Rechtsvergleichung*.

Seconda conclusione: lo studio comparato del diritto amministrativo non può fermarsi alla comparazione degli istituti. Paragonare il *Conseil d'Etat* francese al Consiglio di Stato italiano serve a ben poco se non si considerano anche aspetti quali il predominio dei *grands corps* e l'elitismo dell'amministrazione francese; l'abbondanza delle leggi sul funzionamento interno dell'amministrazione in Italia — a differenza della riserva di potere regolamentare all'esecutivo in Francia —; il diverso ruolo dei gabinetti ministeriali nei due paesi, ecc. È fuorviante comparare i sistemi di tutela giudiziaria dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione del Regno Unito e dell'Italia o della Francia senza considerare le tradizioni costituzionali, la cultura politica ed amministrativa (ad esempio, la tradizionale *deference* del cittadino inglese), l'abbondante uso, nel Regno Unito, dello strumento parlamentare per difendere le pretese dei privati nei confronti dell'amministrazione (*parliamentary supervision* ed *enquiries*). In altre parole, non possono compararsi solo due istituti di due o più paesi. Bisogna considerare le variabili che ne influenzano l'assetto, tra le basi costituzionali dell'amministrazione, nella cultura giuridica e politica, nell'ambiente sociale, ecc.

Terza conclusione: non basta la comparazione tra istituzioni esistenti oggi in due o più paesi. L'impostazione che potrebbe chiamarsi statica o sincronica va integrata con l'approccio dinamico o diacronico. Anche in questo caso, ogni conoscenza è conoscenza storica, e precisamente di storia comparata.

Infine, non bisogna dimenticare le difficoltà di penetrare in sistemi giuridici diversi da quello proprio e per i quali è arduo persino stabilire se debbano essere studiati con i metodi propri della loro cultura giuridica o si prestino ad essere esaminati col metodo della cultura dell'osservatore. Uno studio comparato del tipo indicato richiede, forse, un metodo non meno complesso dell'euristica « elicitiva » sperimentata dagli antropologi, che consiste in un lungo periodo di attività educativa, durante la quale l'etnografo insegna all'informatore a insegnare all'etnografo a pensare secondo le opportune categorie dei fenomeni così come appaiono a chi vi prende parte. Se non si farà così, il campo della comparazione giuridica

amministrativa sembra costruito apposta per dar luogo a mitologie giuridiche. E non sono poche quelle che abbiamo ereditato dall'Ottocento, dalla divisione dei poteri al *self-government*.

Indicazioni bibliografiche

1. Di Emerico AMARI (1810-1871), *Critica di una scienza delle legislazioni comparate (1857)*, Edizioni della Regione Siciliana, Palermo, 1969, vol. II, 138 ss. Sulla comparazione giuridica, l'opera italiana più importante è M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici - Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1988, 370, nuova edizione ampliata. Si veda anche G. GORLA-L. MOCCIA, *Profili di una storia del « diritto comparato » in Italia e nel « mondo comunicante »*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, n. 3, maggio-giugno, 237. Per la Francia, di recente, E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988 (dove indicazioni bibliografiche sulla letteratura precedente, anche non francese).

Sui prodromi dello studio comparato del diritto amministrativo, r.d. 22 ottobre 1885, n. 3344, che introduceva corsi speciali di « legislazione comparata » nella facoltà di giurisprudenza. Vanno, poi, menzionati: F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Giurisprudenza italiana*, 1895, IV, 81; E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899; la traduzione di O. DI SARWEY, *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico*, in *Biblioteca Brunialti*, Torino, UTET, 1902; A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, UTET, 2 voll., 1912 e 1914. Interessante il proposito dell'« Annuario di diritto comparato e di studi legislativi », diretto da S. Galgano, a partire dal 1927, di illustrare le « più importanti riforme amministrative » straniere. Da segnalare, infine, i tratti dell'amministrazione inglese lumeggiati da F. VASSALLI, in *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, del 1946, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960, 559.

Per la ripresa, a partire dalla metà del secolo, va segnalata tutta l'opera di M. S. Giannini, ma, in particolare, *Presentazione*, in H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1969. Poi, G. TREVES, *Lo sviluppo del diritto amministrativo inglese*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1946, 177 e *La giustizia amministrativa italiana nel contesto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, II, 4, 49-60, nonché la raccolta di *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1982; S. GALEOTTI, *The Judicial Control of Public Authorities in England and Italy - a Comparative Study*, London, Stevens, 1954; A. PIRAS (a cura di), *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 1971; AA.VV., *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, Giuffrè, 1983; G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, Giuffrè, 1986, spec. 115. Per un inizio di comparazione giuridica nel campo del

diritto amministrativo in Francia, il corso universitario, policopiato, di J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, 1954-55.

2. Una bibliografia sull'amministrazione comparata è in S. CASSESE, *Les caractères originaires et l'evolution actuelle de l'administration publique italienne*, in *Annuaire européen d'administration publique 1987*, Parigi, Editions du CNRS, 1988, vol. X, 109.

3. Sulla formazione del diritto amministrativo europeo, S. CASSESE, *Relations Between International Organizations and National Administrations*, in *XIX International Congress of Administrative Sciences*, « Proceedings », Antwerp, Kluvier, 1985, 160-204 e *Divided Powers: European Administration and National Administration*, in S. CASSESE (a cura di), *The European Administration*, Bruxelles, IIAS, s.d. (ma 1986), 5 ss.

4. Sulla cultura amministrativa italiana, lo studio dei diritti stranieri e l'inizio dello studio comparato del diritto amministrativo in Italia, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, 70 ss. La bibliografia sulle scienze amministrative comparate è in S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983.

Allo studio comparato dei contratti delle amministrazioni hanno dato un contributo F. P. PUGLIESE, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America (Government contracts)*, Padova, Cedam, 1974, 530 e M. D'ALBERTI, *I « public contracts » nell'esperienza britannica*, Napoli, Jovene, 1984, 161, mentre sullo studio comparato della proprietà e della esecutività si può vedere S. CASSESE, *I beni pubblici - Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969, 270 ss. e 305 ss.

6. Sulle autorità amministrative indipendenti, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1988, n. 3, 549 ss.

7. Sugli aspetti comparati del procedimento, S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo - Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Archivio giuridico*, 1970, asc. 1-2, 25 ss.

8. Sulla questione dell'origine napoleonica dell'amministrazione, si veda S. CASSESE, *Les caractères*, cit.

9. Sulla vicenda del diritto amministrativo tra diritto pubblico e diritto privato, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, 34 ss.

IL PROBLEMA DELLA CONVERGENZA DEI DIRITTI AMMINISTRATIVI: VERSO UN MODELLO AMMINISTRATIVO EUROPEO? (*)

1. L'oggetto e il metodo. — 2. Il diritto comune europeo dal XVI al XIX secolo. — 3. La formazione dei modelli divergenti nel XIX secolo. — 4. Verso la convergenza.

1. *L'oggetto e il metodo.*

Questo scritto non riguarda tanto la convergenza dei sistemi amministrativi quanto la storia del problema della convergenza. Ci si propone di indicare il percorso fatto perché diventasse attuale la ricerca delle concordanze tra i sistemi amministrativi. Si ritiene, infatti, che, giunti a questo punto delle ricerche, sia utile volgersi indietro per verificare storia e termini del problema della convergenza. Come ha scritto Fontenelle, i veri filosofi sono come gli elefanti che, nel camminare, non posano il secondo piede a terra se non quando il primo è già ben sicuro sul suolo.

Detto dell'oggetto, qualche parola sul metodo. Il punto di vista abituale, nello studio del problema, può essere illustrato con l'esempio del sistema solare, secondo le descrizioni prescientifiche: l'oggetto osservato, come la terra, si muove, restando fermo il punto di vista dell'osservatore.

Questo metodo è sbagliato almeno per tre aspetti. In primo luogo, ciascuno dei due elementi è composito. In secondo luogo, i due elementi si influenzano reciprocamente. In terzo luogo, i due elementi presentano divergenze temporali che rendono necessaria l'analisi storico-comparativa.

In primo luogo, l'elemento costituito dall'oggetto osservato, le

---

(*) Relazione al convegno del Formez su « Divergenze e convergenza nei sistemi amministrativi europei » (Roma, 19-20 settembre 1991).

istituzioni, è ben più composito. Esso comprende anche princìpi giuridici procedurali, regole procedurali di secondo grado, *law in action*. Ad esempio, istituzioni diverse possono produrre lo stesso diritto. Basti ricordare l'esempio dei sistemi di giustizia amministrativa in Europa. Sistemi diversi, alcuni dualistici, altri monistici, hanno prodotto gli stessi princìpi: ad esempio, il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Anche l'elemento costituito dall'osservatore è complesso. Esso include la *legal tradition*, modi diversi di vedere e di percepire i problemi, pregiudizi ideologici, precetti scientifici, tipi di rapporti con la cultura generale e con il « contesto ». Ad esempio, la tanto proclamata differenza tra i sistemi amministrativi dei paesi di *common law* e quelli di *civil law* dipende, in fondo, dal modo diverso di definire il diritto amministrativo. Questo, secondo la tradizione (ora in corso di superamento) dei paesi anglosassoni si identifica con la *judicial review*, e, quindi, con la giustizia amministrativa. Ma se si amplia, secondo, invece, il criterio dei paesi dell'Europa continentale, la nozione stessa del diritto amministrativo, la diversità finisce per apparire minore.

Il secondo criterio di metodo riguarda l'influenza reciproca delle istituzioni (l'oggetto osservato) e delle categorie interpretative (l'osservatore). Qui — come altrove — la scienza influenza il proprio oggetto. Le categorie interpretative (intese in senso molto ampio) fanno da « filtro ». Basti un esempio: la teoria di Dicey della sovranità del Parlamento è stata intesa in Europa in funzione di limite dell'esecutivo. Ma Dicey intendeva per Parlamento la somma dei tre organi: Corona, Camera dei Lords e Camera dei Comuni.

Infine, l'interazione reciproca tra l'oggetto osservato e l'osservatore si svolge, quasi sempre, in successione temporale. Un esempio può chiarire il problema. All'origine delle molte incomprensioni del diritto inglese da parte di uno dei suoi maggiori studiosi continentali, Von Gneist, c'è, probabilmente, la circostanza che Von Gneist erigeva la sua teoria della « Selbst-Verwaltung » sull'osservazione del diritto inglese di almeno trenta o quaranta anni prima.

2. *Il diritto comune europeo dal XVI al XIX secolo.*

Chiariti oggetto e metodo, si inizierà da un riferimento alla situazione attuale.

Il ministro inglese degli affari esteri ha dichiarato qualche tempo fa che, negli ultimi mesi, aveva visto molto più di frequente i suoi colleghi degli altri paesi europei che i colleghi del Gabinetto inglese. Ogni giorno, a Bruxelles, si svolgono centinaia di negoziazioni che servono a rappresentanti di organizzazioni nazionali per informarsi reciprocamente sui rispettivi sistemi e formulare linee di condotta comuni. Per la sola attuazione del mercato unico europeo, è previsto che le Comunità europee emanino circa 300 direttive.

Questi elementi, per quanto episodici, richiamano l'attenzione della cultura sulla concordanza o convergenza dei sistemi amministrativi e mettono in dubbio l'idea consolidata della loro necessaria differenza o divergenza. Perché questo non rimanga un mero dubbio, ma diventi una revisione delle categorie interpretative, occorre prendere le mosse da lontano e fare la storia del rapporto tra convergenza e divergenza delle istituzioni, storicizzando lo stesso studio delle differenze e concordanze.

Ora, dal XVI al XIX secolo, l'area europea fu considerata — per adoperare l'espressione del cardinale De Luca — « mondo comunicante ».

Era tale, in primo luogo, per la sostanziale identità di modelli, di metodi ed atteggiamenti, e cioè di « diritto sostantivo » testimoniati dai *mores Europae*, dalla *praxis totius Europae*, dal frequente ricorso alla « communis opinio totius orbis (Europae) », nonché dalla « general (universal) jurisprudence of modern Europe ». Questo diritto comune era composto di diritto comune romano, con la propria fonte nel *corpus iuris* giustinianeo, del diritto feudale, del diritto dei commerci di terra e di mare, del diritto dei rapporti internazionali.

In secondo luogo, il sistema europeo era inteso come composto di ordinamenti in comunicazione tra di loro, ciò che rendeva possibile la convergenza. Come osservato da Gino Gorla, questi erano ordinamenti aperti. Infatti, era frequente il ricorso ad *auctoritates* straniere ed era frequente anche l'applicazione della *lex alius loci*: quando la decisione di un caso non poteva essere resa per mancanza o certezza di norme, si poteva ricorrere alle norme di un altro paese.

Il primo e il secondo aspetto (una sostanziale uniformità di fondo degli ordinamenti e la loro reciproca apertura) erano possibili — e così si passa ad un terzo aspetto — grazie ad una concezione

sovrastatale del diritto, impregnata di spirito transnazionale. Questa — come ha osservato Gorla — fa dipendere il riconoscimento di regole e princìpi all'interno dell'ordinamento da una sorta di diritto comune non scritto.

Sistemi statali così concepiti consentivano, anzi favorivano la comparazione in cerca di similarità, concordanze, convergenze. Anzi, la comparazione pervadeva i lavori dei giuristi, era ovunque presente, costituiva normale occupazione, considerato che ogni ordinamento consentiva sviluppi incrociati con gli altri ordinamenti (mentre dopo la comparazione diverrà un settore separato dello studio giuridico, il « diritto comparato »).

3. *La formazione dei modelli divergenti nel XIX secolo.*

Nel XIX secolo si realizza la frattura. Gli studiosi della storia della comparazione giuridica si sono chiesti quali ne siano i motivi. Uno è stato individuato nell'adozione del codice napoleonico che, insieme con le altre codificazioni del XIX secolo, ha escluso l'applicazione della « lex alius loci ». Altri hanno dato la colpa ai nazionalismi dominanti nello scorso secolo. Altri, infine, hanno trovato la causa della rottura nella concezione che fonte del diritto è la legislazione, che non può essere che statale.

Qui di séguito, si cercherà di illustrare la formazione dell'opposizione modello francese — modello inglese (modello di *civil law* — modello di *common law*, modello con *droit administratif* — modello senza *droit administratif*) e di individuare una doppia influenza: da una parte, una politico-ideologica; dall'altra, una scientifica.

L'idea che si intende esporre è che i modelli si siano formati in modo « contrastivo ». In altre parole, che si siano formati per contrapposizione, ma in modo complesso. Si passa ad esporre questa evoluzione in una serie di punti successivi, che consentono la comprensione più agevole di un processo molto lungo svoltosi nel corso di tutto il secolo XIX.

a) Si può scegliere come punto di partenza la polemica dei liberali francesi della prima metà dell'800 contro i residui di assolutismo del sistema amministrativo francese. I liberali francesi — e tra questi, in prima fila, Alexis de Tocqueville —, nel polemizzare

con l'ordinamento del paese in cui vivevano, portarono ad esempio il modello inglese (per tutti i loro scritti può dirsi quello che Starobinski ha osservato per l'« Esprit des lois »: sono a metà tra il desiderio di rendere le ragioni del mondo come va e il proposito di migliorare la società). La scelta del modello inglese e la « anglofilia » dei liberali francesi ha molte radici. Da un lato, l'Inghilterra era l'altra potenza mondiale, che si contrapponeva alla Francia. Dall'altro, vi erano legami più semplici, diretti, personali. Basti ricordare l'attenzione personale di Tocqueville per il mondo anglosassone, gli Stati Uniti e l'Inghilterra, o il fatto che egli avesse una moglie inglese.

Nelle polemiche dei liberali francesi della prima metà dell'Ottocento col proprio paese ricorrevano, solitamente, cinque elementi. In primo luogo, si sosteneva che lo Stato era governato in modo arbitrario, non secondo diritto, e si contrapponeva ad esso lo Stato secondo il diritto (quel modello che gli americani chiamavano del *due process of law*).

In secondo luogo, si lamentava che quelli che erano riconosciuti come diritti nei rapporti tra privati, non lo fossero nei confronti dello Stato. E si ricordava che Voltaire era stato rinchiuso due volte nella Bastiglia senza un regolare processo. Per contrasto, si portava l'esempio inglese dell'*habeas corpus*.

In terzo luogo, si lamentava (così, ad esempio, Benjamin Constant) l'assenza di libertà locali e si portava come esempio il *self-government* inglese.

In quarto luogo, si criticava la Francia perché lì non era consentito difendersi dall'amministrazione ricorrendo al giudice: occorreva rivolgersi alla stessa amministrazione per chiedere giustizia. E si citava l'esempio inglese, dove le Corti esercitavano il loro potere anche sui funzionari amministrativi.

Infine, si lamentavano i « poteri esorbitanti » dell'amministrazione, circondata dal diritto amministrativo, inteso come un diritto speciale, diverso dal diritto privato. E si presentava l'esempio dell'Inghilterra, dove un funzionario della Corona non era considerato in maniera diversa da un privato.

Così, per via « contrastiva » un modello storico venne trasformato in « idealtipo ».

b) Tuttavia, da buoni politici, i liberali francesi, accentuavano

le differenze, pensando che l'esempio fosse più forte se più marcate erano le diversità.

Invece, la situazione inglese, nella prima metà del secolo, presentava anche aspetti che non era utile o comodo citare. Il Parlamento era sì onnipotente, ma un ampio spazio era riservato alle « prerogative » reali. Le libertà locali erano garantite, ma, a partire dal 1833, era andata crescendo un'amministrazione nazionale, che noi diremmo statale. L'amministrazione era sì sottoposta alle Corti giudiziarie, ma queste erano poche e lontane. La giustizia era rimessa, per lo più, a giudici di pace, funzionari onorari locali, nominati con criteri piuttosto discrezionali, che svolgevano sia funzioni amministrative sia funzioni giudiziarie. Inoltre, se i funzionari erano considerati alla pari degli altri cittadini, non lo erano il Re e coloro che più direttamente lavoravano per lui, perché si applicava il principio che « the King can do no wrong ».

c) La comparazione ostile alla Francia fatta dai francesi venne, poi, ripresa in termini di comparazione apologetica o orgogliosa del diritto del proprio paese dagli inglesi, influenzati dai francesi relativamente al proprio stesso modello.

Vi era, negli inglesi, una ostilità, che risaliva a Burke, a recepire le idee e gli esempi del continente, perché questi erano considerati prodotto di una concezione assolutistica dello Stato. Sarà Albert Venn Dicey, nel 1885, a sviluppare i tre concetti base della costituzione inglese, *rule of law*, sovranità del Parlamento e sottoposizione dell'amministrazione al « Common Law », tratti caratterizzanti il sistema inglese.

Si noti che questi tratti venivano identificati per contrapposizione con quelli francesi. Non erano tanto elementi ricavati da una analisi approfondita dell'ordinamento inglese quanto punti di differenza dalla Francia. Dicey, in questo senso, riprende la critica inglese della rivoluzione francese, ribadisce il rifiuto inglese del modello francese, riecheggia la critica francese dell'ordinamento francese.

d) Tuttavia, nel frattempo, mentre Dicey scriveva, nella seconda metà del secolo, in Francia si erano prodotti tre cambiamenti importanti.

Da un lato, gli allargamenti del suffragio avevano ampliato i poteri del Parlamento. Dall'altro, nel 1872, accogliendo la tesi dei liberali francesi, il legislatore aveva trasformato il Consiglio di Stato

in organo giudicante. In terzo luogo, il sistema amministrativo era andato sviluppandosi in modo separato, ma con regole che prestavano garanzie non minori di quelle del codice civile: basti pensare alla tutela assicurata ai cittadini nei casi di responsabilità dell'amministrazione.

e) I due modelli, però, nel frattempo, si erano « fissati ». Pur se nata per ragioni contingenti e polemiche, la divergenza tra il modello « étatiste », proprio dei paesi di *civil law*, e quello liberale, proprio dei paesi di *common law* (nonostante che il *common law* sia — come è stato osservato — il sottoprodotto di un trionfo amministrativo), costituirà un elemento acquisito. Anzi, la fortuna, nel XX secolo, nell'Europa continentale, di Dicey permetterà a questa contrapposizione di avere una nuova vita. Maurice Hauriou, in Francia, reagirà a Dicey, spiegando la superiorità del modello caratterizzato dal « régime administratif » su quello inglese. In Italia, Romano e, poi, Zanobini, più cautamente, colpiti dalla « costruzione » di Dicey, contrapporranno amministrazioni con diritto amministrativo ad amministrazioni senza diritto amministrativo.

Solo in Germania, Hatschek e Koellreutter prenderanno le distanze nei confronti della contrapposizione.

Il contrasto, evidenziato per motivi politico-ideologici, fu rafforzato da un elemento scientifico, prodotto dall'affermarsi della scuola storica del diritto e poi, sulla sua scia, dal positivismo normativistico. Secondo questi orientamenti, ogni diritto è frutto di una propria storia e di una propria cultura (il *Volksgeist*). Il diritto, quindi, è legge dello Stato. Se è monopolio statale, è prodotto di un potere sovrano che non consente « intrusioni » di altri ordinamenti. Gli svolgimenti possono essere soltanto paralleli, non possono esservi convergenze. In questo modo, finisce la vocazione « europea » o, meglio « universale » del diritto e dei suoi modelli.

La vicenda che si è appena tratteggiata andrebbe meglio approfondita, guardando, principalmente, l'aspetto tematico. Lo sviluppo dei sistemi amministrativi, infatti, si fissa su alcuni oggetti, ai quali, alla fine, rimane legato lo sviluppo del diritto amministrativo. Ad esempio, negli Stati Uniti d'America, i tentativi successivi, compiuti nello scorso secolo, di disciplina delle « public utilities » hanno contribuito a dare un'impronta complessiva al sistema amministrativo che non si è ancora perduta. In Inghilterra, invece, l'impronta è quella derivata dagli in-

terventi che produssero la « nineteenth-century revolution in government », con la disciplina delle industrie pericolose, come trasporti marittimi, miniere, alcuni impianti industriali, ecc.

Un altro punto da considerare è quello del grado di ingrandimento. A seconda della ampiezza dell'immagine, si scoprono concordanze e discordanze. La disciplina italiana dell'accesso ai documenti amministrativi e della Commissione dell'accesso somiglia a quella francese. Ma se si allarga lo sguardo al contesto — in Italia, alla disciplina del procedimento — si noteranno le differenze. E queste aumenteranno se lo sguardo si allarga ancora, al rendimento delle istituzioni, alla prassi delle procedure amministrative.

Pure in assenza di questi ulteriori approfondimenti, ciò che risulta chiaramente confermato dalla breve analisi svolta è la formazione che si è definita per contrasto tra i due modelli dominanti e gli « effetti di rifrazione » prodotti da questo dialogo tra le due parti della Manica. Di non minore interesse le « intermittenze » o gli « slittamenti » temporali: abbiamo visto che i modelli si « fissano » nella seconda metà del secolo, ma sono fondati su osservazioni delle vicende della prima metà del XIX secolo.

4. *Verso la convergenza.*

Veniamo ad oggi. Gli ordinamenti, almeno nell'area europea, subiscono almeno due pressioni. Da un lato, quella costituita dalle convergenze spontanee o naturali. Ad esempio, in pochi decenni, metà dei dodici Stati dell'Europa ha introdotto un terzo livello di governo, tra il Comune e lo Stato. Nell'Europa dei Dodici, vi sono ora circa 100 regioni.

Una seconda pressione è quella che viene dalle convergenze indotte dall'armonizzazione europea, sia quella richiesta dalle Comunità economiche europee, sia quella imposta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Gli elementi comuni, per riprendere i cinque aspetti prima considerati, sono i seguenti. Innanzitutto, tutti i sistemi amministrativi fanno riferimento alla legge. Ma non in senso « neo-assolutistico », e cioè, ritenendo che all'amministrazione tutto sia vietato salvo ciò che è consentito, bensì, all'opposto, nel senso che tutto è permesso, salvo ciò che il Parlamento ad essa non abbia consentito.

In secondo luogo, le situazioni giuridiche soggettive sono riconosciute come diritti non solo nei rapporti tra privati, ma anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche.

In terzo luogo, a tutti è assicurata una garanzia giudiziaria nei confronti della pubblica amministrazione. La giustizia amministrativa è, in alcuni casi, attribuita agli stessi organi giudiziari ordinari, in altri, ad appositi giudici (sistemi dualistici). Ma, in questo secondo caso, la diversità dei giudici non impedisce una certa uniformità di principi.

In quarto luogo, tutti gli ordinamenti hanno modificato i rapporti tra centro e periferia, che non sono più di dominazione ma di collaborazione.

In quinto luogo, in tutti i sistemi è riconosciuta « cittadinanza » al diritto amministrativo.

La concordanza dei sistemi amministrativi riapre il problema scientifico della divergenza. Come sempre, mutamenti reali inducono ad una revisione degli atteggiamenti ideologici e degli schemi intellettuali, e questa, a sua volta, consente di modificare l'analisi e la comprensione delle istituzioni del passato perché, libera da « pregiudizi », trasferisce concetti e modi del diritto vigente sulla storia del diritto e consente di capire quello che ad altri era rimasto nascosto.

Con le Comunità, si realizza qualcosa di ancor diverso. Viene a costituirsi una parte comune, che esercita una *vis attractiva*, fa convergere verso di sé le parti divergenti, producendo un effetto di omogeneizzazione.

Ma, questa parte comune, da che cosa è caratterizzata?

Sotto il profilo normativo, essa non ambisce a disciplinare interamente le materie che le sono rimesse, ma, quando si sia assicurata un'armonizzazione minima, consente che la disciplina sia decentrata (mutuo riconoscimento).

Sotto il profilo organizzativo, nata con un apparato compatto, di tipo tedesco, è divenuta stellare: vi sono, da un lato, le direzioni generali; dall'altra, i fondi e le agenzie.

Sotto il profilo del funzionamento, essa non si accolla tutta l'esecuzione: agisce e fa agire. Quando fa agire, opera attraverso le amministrazioni nazionali, che — così — divengono strumenti dell'amministrazione comunitaria.

È difficile fare previsioni sugli effetti possibili dell'inserimento di questa parte comune sulle singole amministrazioni europee: i sentieri che si biforcano, infatti, sono troppi. Tanto più che le schiere opposte degli hamiltoniani e dei jeffersoniani sono numerose, e non si sa quali vinceranno. L'Europa è passata, in altre epoche, attraverso vicende simili, che hanno opposto Imperi e Chiese a Stati, con esiti troppo diversi perché queste storie siano istruttive per comprendere gli sviluppi che stiamo vivendo.

Bibliografia

1. Sulla vicenda del diritto comune europeo dal XVI al XIX secolo, sono di particolare importanza gli scritti del maggiore studioso italiano di diritto comparato, GINO GORLA; in particolare: voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963, p. 1; *Il ricorso alla legge di un « luogo vicino » nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro it.*, 1973, c. 3; *Ricordi della carriera di un comparatista (Dal diritto comparato al diritto comune europeo) - Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville (Appendice ai « Ricordi ») - Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, ivi, 1980, c. 1; *Profili di una storia del « diritto comparato » in Italia e nel « mondo comunicante »*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 237; voce *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1. V. anche, di GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981. V. anche STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano, 1991; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1987; T. RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982.

2. Sulla formazione dei due modelli, inglese e francese, alcuni spunti in CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini storia pensiero giur. moderno*, n. 19/1990, p. 5.

3. Sul problema generale della convergenza, BENNET, *What is Policy Convergence and What Causes it*?, in *British Journal Pol. Sc.*, n. 2, 1991, p. 215.

LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE IN EUROPA: PER UNO STUDIO STORICO-COMPARATO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. Le scienze comparatistiche e il diritto amministrativo comparato. — 2. La contrapposizione tra sistemi « a diritto amministrativo » e sistemi « a diritto comune ». In particolare: il modello « a diritto amministrativo ». — 3. Il modello « a diritto comune ». — 4. L'influenza del motivo ideologico nella contrapposizione tra modelli. — 5. La situazione attuale delle pubbliche amministrazioni in Europa. Il processo di osmosi tra i diversi modelli. — 6. La revisione concettuale dell'idea della contrapposizione tra modelli. — 7. L'importanza della prospettiva europea.

1. *Le scienze comparatistiche e il diritto amministrativo comparato.*

Gli studi di amministrazione comparata si distinguono dalla grande tradizione delle scienze comparatistiche. Queste ultime (si pensi solo ai contributi di David e di Losano) adottano il criterio di comparare tra loro non le parti di sistemi giuridici, bensì le famiglie nel loro complesso. S'intendono per famiglie giuridiche, per esempio, i paesi di tradizione romanistica (dunque, con un codice civile, come Francia, Italia, Germania), i paesi cosiddetti di « Common Law », ecc. I contributi di amministrazione comparata (basti ricordare quelli di Rivero, Braibant ed Heady; un posto a sé ha quello di Meny), invece di comparare gli interi sistemi, ordinandoli in famiglie, li dividono — per così dire — in parti, e considerano le singole parti (per esempio, il sistema di controllo dell'amministrazione in URSS, in USA, ecc.).

Tuttavia, l'uno e l'altro tipo di approccio all'analisi comparata dei sistemi hanno il limite di considerare in maniera statica i sistemi che vengono comparati, cioè di considerare come date le realtà esistenti, tralasciando due aspetti che sono, invece, fondamentali: il primo è il fattore tempo (cioè l'evoluzione, la storia); il secondo il fattore cultura o ideologico (che non attiene, dunque, alla realtà, ma

al modo in cui questa è percepita e « filtrata » dalla mentalità, dalla cultura, dagli studi, dalla cosiddetta opinione pubblica). Il primo aspetto è importante in termini generali, se è vero che riusciamo a capire la realtà soltanto « andando indietro » (Tocqueville). Il secondo fattore è importante perché le istituzioni vanno studiate non solo in sé e per sé, ma anche per il modo in cui si riflettono nella cultura dominante in una certa epoca. L'analisi storico-comparativa non può essere compiuta solo in termini di studio delle istituzioni (aspetto che chiameremo oggettivo). Variando nel tempo e tra le nazioni le interpretazioni, i punti di vista, la cultura, le percezioni (aspetti che chiameremo soggettivi, con l'avvertenza che hanno, spesso, consistenza, forza oggettiva), diventa importante considerare anche questi aspetti, specialmente quando si tratti di rapporti tra nazioni, dove giocano pregiudizi nazionali (o nazionalistici).

È, dunque, necessario combinare un triplice punto di vista: uno sincronico (considerare le istituzioni nel loro aspetto attuale); uno diacronico, di storia delle istituzioni (considerare il loro svolgimento nella storia); uno di storia del pensiero giuridico (mettere in relazione le istituzioni col modo in cui sono concepite). Nell'analisi vanno mescolate comparazione giuridica, storia giuridica, storia delle idee.

2. *La contrapposizione tra sistemi « a diritto amministrativo » e sistemi « a diritto comune ». In particolare: il modello « a diritto amministrativo ».*

Secondo l'impostazione culturale dominante per un secolo (a cavallo tra Ottocento e Novecento), le pubbliche amministrazioni, in Europa, sono ordinate su due modelli fondamentali, caratterizzati da sei tratti fondamentali, che le contrappongono.

Il primo modello si trova, nel suo archetipo, in Francia; il secondo, in Gran Bretagna.

I tratti distintivi del primo modello sono i seguenti:

a) unico polo pubblico centrale (Stato);

b) forte grado di accentramento;

c) ordinamento degli uffici tendenzialmente uniforme sul territorio;

d) attribuzione alle pubbliche amministrazioni di una parti-

colare potestà di autoesecuzione (in deroga al principio generale del divieto di farsi ragione da sé);

e) diritto amministrativo, che regola in modo speciale l'apparato delle pubbliche amministrazioni e il suo funzionamento;

f) giudice amministrativo, inteso come giudice generale di un diritto speciale.

Analizziamoli partitamente.

a) L'esistenza di un unico polo centrale non va confusa col modello della centralizzazione: vi può ben essere un forte accentramento, con una pluralità di centri. L'unitarietà (o monismo) del polo centrale consiste nella convergenza dei poteri in un luogo fisico (si pensi all'importanza, nella storia francese, di Parigi) e in un unico soggetto giuridico, lo Stato.

b) Il modello dell'accentramento si afferma, dopo la rivoluzione francese, per un motivo sociale, illustrato da Tocqueville: l'accentramento deriva dal bisogno di ridurre le diseguaglianze, sicché, diffondendosi l'ansia dell'eguaglianza, tutti i poteri corrono, quasi naturalmente, verso il centro.

In tutti gli ordinamenti, fino alla fine del Settecento, le amministrazioni pubbliche erano ordinate secondo un principio di diffusione del potere (ad esempio, l'amministrazione policonsiliare spagnola).

È la rivoluzione francese ad abolire i corpi intermedi (e, quindi, i Parlamenti delle province, le stesse Università, ecc.), e fa ciò per ristabilire condizioni di eguaglianza tra i cittadini, e, quindi, per consentire allo Stato d'agire uniformemente al centro come in periferia. Di qui l'idea che la macchina amministrativa debba essere ordinata in modo che i comandi possano passare dal centro alla periferia « come il fluido elettrico », e la figura del « bonapartismo ».

c) Gli indicatori che meglio illustrano il modello dell'uniformità sono due. Uno è l'organismo della Provincia (« Département ») ripartizione geografica e autorità politico-amministrativa, che cura gli interessi pubblici secondo un criterio di uniformità. Il secondo è la figura del Prefetto, ispirata al principio per cui in periferia dev'esservi una unica autorità (definita, da Napoleone, « piccolo imperatore »): in questo senso, l'uniformità va di pari passo con l'accentramento.

d) Regola generale degli ordinamenti moderni è il divieto di

farsi ragione da sé: chi intende far valere una pretesa verso altri soggetti, deve farlo giudizialmente. Per la pubblica amministrazione, questa regola subisce una eclissi, seppure parziale. Così, di una costruzione abusiva, il Comune può ordinare al privato la riduzione in pristino. Nell'inerzia di questi, può direttamente procedere alla demolizione. Lo stesso vale in materia di imposte. L'amministrazione esegue; spetta al privato difendersi ricorrendo al giudice. I ruoli sono invertiti: non è l'amministrazione che — se deve eseguire con la forza — ricorre al giudice, ma il privato che — quando l'amministrazione ha eseguito — si rivolge al giudice per farsi tutelare.

Questa potestà (variamente definita: esecutiva, di autoesecuzione, di autotutela) ha due giustificazioni. Secondo una prima giustificazione, tutto ciò che riguarda lo Stato può essere accompagnato dall'uso della forza, a causa della posizione di preminenza dello Stato, che gli deriva dall'essere potere sovrano. Secondo un'altra spiegazione, gli interessi sociali, curati dall'amministrazione, potrebbero soccombere di fronte a quelli privati, se l'amministrazione non fosse dotata della potestà di farsi ragione da sé.

e) Per tutte le ragioni già dette, l'amministrazione deve avere un diritto speciale. Il diritto amministrativo si presenta, in origine, come un diritto derogatorio, speciale, « esorbitante » (come dicono i francesi), rispetto al « diritto comune ». Sicché una obbligazione pubblica è diversa da quella regolata dal codice civile, diverso è il rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello di lavoro privato, il demanio pubblico è diverso dalla proprietà privata, ecc.

f) Completa il modello un sistema *ad hoc* di giustizia amministrativa, affidata al Consiglio di Stato. Esso svolgerà, di fatto, in Francia, la funzione giudiziaria, dando pareri per la risoluzione dei conflitti (solo in due casi, per settanta anni, il Governo disattenderà tale parere). Nel 1873, il Consiglio di Stato francese diventa giudice: si passa, così, dalla giustizia ritenuta (esercitata dall'esecutivo), alla giustizia delegata (espressione peraltro impropria, perché il Consiglio di Stato non svolge una funzione delegata, ma propria). È il Consiglio di Stato che « crea » il diritto amministrativo. Uno scrittore francese ha scritto che, se si cancellassero, con un tratto di penna, tutte le leggi civili, non esisterebbe più il diritto privato; se si cancellassero tutte le leggi amministrative, il diritto amministrativo

continuerebbe ad esistere, perché esso è formato dai principi che la giurisprudenza produce.

3. *Il modello « a diritto comune ».*

Passiamo, ora, ai caratteri distintivi del modello britannico di amministrazione pubblica.

a) Si tratta, innanzitutto, di un modello non unitario. Si noti solo che, dopo la « rivoluzione amministrativa del diciannovesimo secolo », gli « Inspectors » non erano dipendenti dai « Departments » (ministeri). Ora, gli « inspectors » erano gli organi fondamentali dell'amministrazione dell'Inghilterra vittoriana. Furono istituiti per il controllo di settori specifici (l'industria, il commercio, le immigrazioni). La circostanza che essi fossero separati dai ministeri mostra il carattere plurale del centro, nel senso che non tutti i corpi che ne facevano parte, facevano, poi, capo allo Stato-governo.

b) In secondo luogo, a fronte della formula organizzatoria dell'accentramento, in Gran Bretagna, vi è il modello — oggetto di tanta ammirazione nel corso della storia italiana — del « Self Government » (tradotto male con « autogoverno » e inteso male dal von Gneist, che dedicò ad esso, nell'Ottocento, un ponderoso studio).

Non si tratta di un istituto, ma di una famiglia di istituti. In pratica, una serie di compiti, amministrativi e giudiziari allo stesso tempo, vengono esercitati da elementi esponenziali delle collettività locali (in generale, dalle classi medie). Così, in una cittadina inglese, la licenza per la vendita di superalcolici non è data dal Comune o dall'autorità sanitaria, ma da un « Justice of Peace », il quale giudica anche su tutte le cosiddette « offese minori ». I « Justices of Peace » sono « Magistrates », cittadini privati che svolgono una funzione pubblica. Dunque, è il notabilato locale, non un prefetto che viene da Parigi, che amministra i problemi locali.

Il « Self Government » è, dunque, un modello organizzativo diverso da quello designato con la parola autogoverno: in senso moderno, quest'ultima espressione attiene alla rappresentatività, alla democrazia. Col « Self Government », gli inglesi « possono amministrarsi e farsi giustizia stando sulla porta di casa » (secondo un'espressione del secolo scorso).

c) Da ciò deriva una terza caratteristica del modello: la differenziazione. Un'amministrazione che si costruisce a partire dalle diverse realtà locali non può essere uniforme, perché i « notabili » locali del Galles non sono quelli della Scozia.

d) Questa amministrazione, inoltre, non può farsi ragione da sé. Se deve eseguire contro la volontà del privato, deve ricorrere a un giudice di pace o a una « Court » (cioè a un giudice vero e proprio).

e) Ne deriva che, nel diritto inglese, non vi era un diritto amministrativo, né un giudice amministrativo. A partire dal Settecento, si afferma il dominio incontrastato delle corti ordinarie. Giudici, dottrina e « public opinion » negano che esista un diritto amministrativo e negano persino che abbia cittadinanza l'espressione « administrative law », preferendo chiamarlo « droit administratif ». La pubblica amministrazione non ha un suo giudice, ma deve rivolgersi al giudice ordinario, sia che debba resistere all'azione di un privato, sia che promuova un'iniziativa per far verificare una sua pretesa e farla eseguire contro la volontà del privato.

Da questo punto di vista è netta la differenza con l'amministrazione francese, dove il Consiglio di Stato è protettore dei diritti del cittadino e delle prerogative delle pubbliche amministrazioni, giocando come elemento di equilibrio tra il privato (e i suoi diritti) e la pubblica amministrazione (e le sue prerogative).

Secondo un'opinione diffusa, i due modelli tratteggiati non solo esistono in sé, ma hanno esercitato — nei confronti di altri Paesi — una « vis attractiva », per cui diventa possibile, in sede scientifica, una ripartizione in famiglie. Vi sarebbero una famiglia di origine francese (cui apparterrebbero l'Italia, il Belgio, la Germania) e una famiglia che fa capo, invece, al modello anglosassone (e che eserciterebbe una grande influenza per tutto l'Ottocento, anche in paesi a regime misto, come l'India, dove vi è convivenza tra diritto indù e diritto inglese).

4. *L'influenza del motivo ideologico nella contrapposizione tra modelli.*

Come si è formata l'idea della contrapposizione tra i due modelli e come si è successivamente diffusa?

Al riguardo, occorre tener presente che, in tutto l'Ottocento,

nella riflessione politologica e giuridica, vi sono due concezioni dell'autorità pubblica. Da una parte, quella che la contrappone alla società e, dall'altra, quella che la considera come uno degli elementi della società. La prima è propria del liberalismo autoritario, alla francese, la seconda del liberalismo puro, all'inglese. La prima è impersonata da Aucoc. La seconda da Dicey (e, sul versante francese, da Tocqueville).

La contrapposizione fu accentuata dal fatto che la corrente liberale pura utilizzava il modello inglese come esempio per dimostrare la superiorità del sistema liberale puro su quello francese. Così, ad esempio, si osservò che in Inghilterra non vi era un Consiglio di Stato (a differenza dalla Francia), ma la giustizia era ottimamente amministrata; che, in Inghilterra, l'amministrazione non poteva farsi giustizia da sé, ma che l'amministrazione inglese era egualmente efficiente; che in Inghilterra non vi era accentramento amministrativo, ma l'amministrazione era effettivamente al servizio del cittadino (anche se di quello appartenente, per censo e istruzione, alle classi agiate). Si osservò, altresì, guardando ai sistemi « a diritto amministrativo », che, nella storia francese, Voltaire per due volte era stato imprigionato nella Bastiglia senza un processo, mentre, in Inghilterra, vi era l'« Habeas Corpus ». Che i grandi pensatori francesi (ad esempio, Rousseau) avevano dovuto pubblicare all'estero le proprie opere, perché in Francia la libertà di stampa non era garantita.

Questa contrapposizione dei due sistemi venne accentuata da un ulteriore fattore, quello relativo ai compiti dello Stato. Vi era chi riteneva che essi dovessero ispirarsi al liberalismo puro (« laissez faire »), chi pensava che lo Stato dovesse rimediare alle diseguaglianze sociali, intervenendo nell'economia (corrente collettivistica o socialismo).

Va segnalato come un fatto singolare che il maggior critico inglese del « droit administratif », Dicey, abbia dedicato l'altra sua maggiore opera alla critica del collettivismo. Si può affacciare l'ipotesi che diritto amministrativo, ingerenza statale, collettivismo, socialismo, venissero considerati come un tutt'uno. Così viene ricondotta ad unità l'opera dello stesso Dicey.

La « chiave di lettura » ora data riconduce la nascita del diritto amministrativo alle maggiori vicende storiche del secolo scorso (la

doppia contrapposizione liberalismo autoritario-liberalismo puro; liberalismo-socialismo) e all'equilibrio tra le due maggiori potenze (Francia-Inghilterra).

Circa la contrapposizione tra le due potenze, su cui aveva già richiamato l'attenzione Voltaire nel 1734 (« Le siècle de Louis XIV »), si ricorda che lo Stato assoluto, rappresentato dalla Francia, e quello parlamentare o costituzionale, rappresentato dall'Inghilterra, costituiscono « le due vie dello Stato moderno in occidente » (Croce).

Così ampliato il territorio da esaminare, non basta prendere in considerazione prestiti, contrapposizioni e interferenze. È bene valersi di metodi altrettanto sviluppati di quelli della linguistica. Questa adopera l'analisi contrastiva per il confronto di strutture linguistiche di due o più lingue, per determinare somiglianze e differenze. Ma per alcuni linguisti la prima lingua dell'apprendente « interferisce » con l'acquisizione della seconda lingua e costituisce l'ostacolo principale alla padronanza della nuova lingua con buoni risultati. Altra tecnica è quella di elicitazione, con cui l'insegnante ricava l'esecuzione scritta o orale dall'apprendente (da applicare qui con una difficoltà in più, costituita dal problema di dover lavorare su testi scritti).

5. *La situazione attuale delle pubbliche amministrazioni in Europa. Il processo di osmosi tra i diversi modelli.*

Qual è la situazione attuale delle pubbliche amministrazioni in Europa? Tre sviluppi, fra loro fortemente correlati, sono in corso: le amministrazioni nazionali sono in una fase di forte convergenza; è in atto una revisione dei vecchi modelli; infine, la convergenza è accelerata dal processo di integrazione europea.

Passiamo ad analizzare il primo di questi fenomeni, esaminando gli effetti che esso produce su ciascuno dei sei punti caratterizzanti la contrapposizione tra sistemi « a diritto amministrativo », e sistemi « a diritto comune ».

a) Innanzitutto, nei paesi « a diritto amministrativo », il polo centrale è diventato, ovunque, meno unitario; nei paesi in cui esso era originariamente pluralistico (ad esempio, l'Inghilterra) tende,

oggi, invece, ad accentuarsi l'unità. Vi è, sotto questo profilo, un interscambio, che produce un terreno comune.

Nell'attuale ordinamento francese, il centro si pluralizza: così si spiega perché uno dei temi della cultura amministrativa degli ultimi anni sia quello delle autorità amministrative indipendenti.

b) D'altro canto, in Francia viene realizzato un forte decentramento con l'istituzione, negli anni Ottanta, di 22 regioni e in Inghilterra appaiono uffici periferici, chiamati « field administrations ». Inoltre, in Inghilterra, si rafforza l'unitarietà del sistema, al vertice (si pensi alla figura del « Prime Minister »), e in periferia (si pensi al limite introdotto dal « national curriculum », rispetto all'autonomia dei singoli istituti scolastici, nel determinare le materie di insegnamento).

c) Anche l'uniformità del modello francese — come notato negli studi più recenti — nasconde un elevato grado di difformità. Spesso, « la regola è rigida, la pratica è molle ». In altre parole, le procedure sono uniformi, ma sono, poi, gestite e applicate in modo negoziato e, quindi, difforme.

d) La potestà di autoesecuzione diventa un attributo proprio anche dell'amministrazione inglese. Ciò avviene, con la diffusione del principio della solidarietà sociale, con lo Stato sociale, con la conseguente trasformazione dell'azione dei pubblici poteri. Robson e Laski, in polemica aperta con Dicey, sostengono che il diritto comune serve soltanto a conservare il sistema, non a riformarlo, e che lo Stato deve essere dotato dei poteri necessari per attuare le riforme. In questo modo, si afferma anche in Inghilterra una sorta di diritto speciale della pubblica amministrazione.

e) Contemporaneamente, nei sistemi « a diritto amministrativo », si sviluppa il diritto privato della pubblica amministrazione. Per esempio, in Francia e in Italia si sviluppano l'azionariato pubblico e la figura dell'ente pubblico economico. In questi casi, il diritto privato diventa una parte del diritto amministrativo; o, meglio, vi è un diritto amministrativo che si svolge in forme privatistiche: non si distingue più dove comincia l'uno e finisce l'altro.

f) Per quanto attiene, infine, alla giustizia, l'Inghilterra resta con un sistema con unico giudice, diversamente dai paesi continentali dotati di una doppia giurisdizione (Italia, Francia, Belgio, Germania). Questi ultimi, dietro il dualismo, sviluppano — però —

regole e istituti comuni, onde rimangono due giudici, ma essi operano nella stessa maniera.

6. *La revisione concettuale dell'idea della contrapposizione tra modelli.*

È, dunque, in atto un processo di osmosi tra i diversi tipi strutturali di disciplina dei fatti amministrativi (« tipo a diritto amministrativo »; « tipo a diritto comune »).

Questo processo ha, naturalmente, fatto riflettere sulla validità dei tradizionali modelli concettuali e, in particolare, sullo schema della contrapposizione. Oggi si ritiene che quei modelli fossero, in realtà, meno divergenti di quanto sembrasse e che la contrapposizione nasceva, soprattutto, da esigenze politiche o ideologiche.

In altre parole, gli sviluppi convergenti attuali conducono a una collocazione in prospettiva storica dei due modelli archetipi, quello francese e quello inglese.

La stessa appartenenza a famiglie omogenee dei diversi sistemi giuridici viene messa in discussione. Per esempio, studiando Italia e Francia a confronto, si è notato che il sistema italiano è divergente rispetto all'archetipo dei sistemi « a diritto amministrativo ». In particolare, ciò è dimostrato dall'analisi di singoli istituti, tra cui, principalmente, il sistema prefettizio, l'uniformità e il dualismo giurisdizionale. Mentre quello prefettizio francese è un sistema integrato (il prefetto è a capo delle amministrazioni periferiche dello Stato), quello italiano non lo è. L'uniformità, in Italia, è rotta molto presto, dopo l'unità, dalle leggi speciali per il mezzogiorno, che istituirono amministrazioni diversificate.

In Francia, il Consiglio di Stato ha legami molto più forti con l'amministrazione. In Italia, il suo equivalente fa ormai parte dell'ordine giudiziario, come dimostrato dalla istituzione del Consiglio di Presidenza, con il quale esso ha acquistato, anche sul piano formale, una indipendenza che l'omologo francese non ha. In Francia, le decisioni del Consiglio di Stato sono, spesso, « platoniche ». Più che giudice delle controversie, il Consiglio di Stato francese è un « orientatore » della amministrazione, cioè stabilisce i principii generali che debbono informare l'azione amministrativa. Infine, il

Consiglio di Stato francese è anche giudice di « piena giurisdizione », mentre l'equivalente italiano non ha tale potere.

Le differenze non si fermano qui. Per la potestà di autoesecuzione, il giudice amministrativo francese giunge tardi a stabilire limiti (ed ancora oggi l'ammette come principio generale in caso di urgenza). Invece, la giurisprudenza italiana stabilisce relativamente presto che essa non è un principio, ma un'eccezione (non esiste, cioè, un potere generale dell'amministrazione di farsi ragione da sé; l'amministrazione può farlo nei casi in cui leggi *ad hoc* espressamente attribuiscono tale potere).

Lo stesso diritto amministrativo, in Italia, si afferma lentamente. Per circa quarant'anni, nella cultura italiana, dopo l'unificazione, il diritto amministrativo non viene riconosciuto appieno. Impiego, obbligazioni, proprietà dello Stato sono intese nel senso proprio del diritto privato. Solo verso la fine del secolo, con l'accentuarsi delle tendenze autoritarie e dell'influenza tedesca, si arriva a una svolta, imposta da Vittorio Emanuele Orlando.

Quanto alla giurisdizione amministrativa, il Consiglio di Stato italiano diventa giudice solo nel 1889 e resta subordinato alla Corte di cassazione. Esso non contribuisce a formare la metà di quel corpo che in Francia si chiama « tribunale dei conflitti », col compito di decidere i conflitti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

7. *L'importanza della prospettiva europea.*

È soprattutto nella dimensione europea che si avverte la tendenza all'omogeneizzazione dei modelli. Si ricorda che vi è un diritto europeo originario (« jus commune europaeum »), mezzo di integrazione dei diritti nazionali nel 1700 (Gorla). Poi, nell'Ottocento, vi è stata la differenziazione, sotto la spinta dei nazionalismi. Ora si riafferma la tendenza centripeta.

Il processo di integrazione amministrativa nella Comunità Europea è così avanzato da determinare fenomeni nuovi, come la « messa in comune » di rilevanti settori amministrativi.

Ciò porta al superamento delle vecchie specificità nazionali e alla confluenza di parti rilevanti del diritto dei singoli Paesi in un nuovo diritto amministrativo europeo (si pensi a settori come l'agricoltura, l'ambiente, i trasporti, le comunicazioni, ecc.).

Anche sul piano organizzativo, l'amministrazione europea favorisce il mescolarsi delle diverse esperienze: si pensi che la Commissione della CEE è ordinata, per alcuni versi, sulla base del modello (di origine inglese) dei Segretariati degli organismi internazionali; per altri, del modello tedesco del ministero delle finanze; per altri ancora, del modello francese.

La costituzione di un diritto amministrativo europeo è accelerata dal fatto che l'amministrazione europea è — in parte — « non executant », cioè non attua direttamente le proprie decisioni. Ad esempio, la politica agricola è formulata e attuata a Bruxelles; le decisioni vengono, poi, attuate, in Italia, dall'Azienda per gli interventi sul mercato agricolo - AIMA e dagli altri organismi di intervento. In questo modo, i vecchi modelli si frantumano e le amministrazioni nazionali vengono a dipendere non più dai rispettivi governi, ma da un'amministrazione sovranazionale comune.

Bibliografia

G. Braibant, *Institutions administratives comparées. Les structures. La fonction publique. Les contrôles*, Paris, Fondation Nationale des sciences politiques, 1985-1986;

R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1980, III ed.;

G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981;

F. Heady, *La pubblica amministrazione: prospettive di analisi comparata*, Bologna, Il Mulino, 1968;

M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1988;

Y. Meny, *Istituzioni e politica*, Rimini, Maggioli, 1990;

M. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Les Cours de droit, 1956-57.

V.

LA COMPONENTE EUROPEA

I LINEAMENTI ESSENZIALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO COMUNITARIO

1. Introduzione: esiste un diritto amministrativo comunitario? — 2. Le funzioni. — 3. L'organizzazione. — 4. Il personale. — 5. I procedimenti. — 6. Le implicazioni dell'integrazione comunitaria per l'amministrazione italiana.

1. *Introduzione: esiste un diritto amministrativo comunitario?*

Chiediamoci, innanzitutto: esiste un diritto amministrativo comunitario, separato dai diritti amministrativi nazionali e dal diritto costituzionale delle Comunità europee? L'esistenza del diritto amministrativo comunitario è stata riconosciuta proprio dalla Corte di giustizia, in una controversia riguardante il personale delle Comunità europee. Si trattava di un caso concernente un traduttore. La Corte di giustizia ha riconosciuto che il contratto di lavoro con le Comunità europee era da qualificare come contratto di diritto pubblico, retto dai principii generali del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo comunitario — però — è distinto, ma non separato dagli altri rami del diritto comunitario che, per analogia al diritto interno, possiamo chiamare « diritto costituzionale comunitario », « diritto agrario comunitario », ecc.

Innanzitutto, infatti, non esistono atti che siano in senso proprio amministrativi, perché vi sono principii comuni agli atti amministrativi e agli atti normativi. Ad esempio, l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (ora esteso, nel diritto italiano, oltre agli atti con cui si irroga una sanzione e ai provvedimenti limitativi di attività private) si estende — nelle Comunità — dagli atti amministrativi a quelli normativi.

In secondo luogo, se l'amministrazione è esecuzione di leggi, l'amministrazione europea sfugge a tale regola. Per ricordare il detto

di uno dei padri fondatori delle Comunità europee, Jean Monnet, l'amministrazione comunitaria « fait faire ».

Infine, non esiste una giustizia amministrativa separata da quella che chiameremo giustizia costituzionale: la Corte di giustizia è, nello stesso tempo, un organo di sindacato costituzionale e un giudice amministrativo.

Si può concludere, quindi, in questo modo: esiste un diritto amministrativo comunitario ma esso, a differenza del diritto amministrativo interno, non è separato dagli altri rami del diritto comunitario. Come vedremo, l'incerto riconoscimento dei diritto amministrativo comunitario è collegato all'incerta posizione dell'amministrazione comunitaria.

2. *Le funzioni.*

Le Comunità europee (la Comunità Economica Europea, l'Euratom e la CECA), sono nate con materie limitate; in altre parole, avevano, in origine, competenze determinate, come quelle delle regioni, in base all'art. 117 Cost. Il loro ambito di azione era determinato con il criterio che i tedeschi chiamano della « enumerazione delle materie ».

Col procedere del tempo, le Comunità europee hanno notevolmente ampliato la propria sfera di attività.

Basti pensare che, prima dell'Atto Unico, erano stati compiuti interventi nei seguenti settori: tutela dell'ambiente, diritti sociali, tutela dell'ambiente di lavoro, squilibri regionali, bilancia dei pagamenti e ricerca, materie che o non erano neppure menzionate nei trattati istitutivi (e in quelli successivi che hanno regolato le Comunità europee), oppure erano menzionati episodicamente, non per attribuire compiti, ma per disciplinare funzioni minori.

Ciò vuol dire che le Comunità europee sono passate da un ordinamento amministrativo a funzioni determinate (simile a quelle di un Comune), a un ordinamento a funzioni non enumerate, simile a quello dei « poteri pubblici generali », come lo Stato.

Nelle tre Comunità ciò è accaduto in virtù delle norme (art. 235 tratt. CEE), che prevedono l'esercizio di attribuzioni conseguenti a quelle espressamente attribuite. Per espansione, le amministrazioni

europee sono riuscite a svolgere ulteriori funzioni, oltre quelle espressamente attribuite.

L'esempio maggiore è costituito dal settore delle relazioni esterne. In questo ambito, si sono progressivamente costituiti rapporti diretti tra le Comunità e gli Stati terzi (ossia estranei all'ambito comunitario), sicché oggi, presso le Comunità europee, vi sono circa 120 ambasciate (dette missioni), e le Comunità europee, hanno ben 60 missioni in Paesi stranieri. È stata acquisita, dunque, una funzione di notevole importanza, nonostante l'assenza di un'espressa attribuzione.

3. *L'organizzazione.*

L'organizzazione amministrativa delle Comunità europee corrisponde solo in parte all'assetto istituzionale alla quale inerisce. Infatti, da un lato, ciascuna delle quattro istituzioni principali (Parlamento, Consiglio, Commissione e Corte di giustizia) e degli organi minori (Corte dei conti, Comitato economico e sociale e Comitato dei rappresentanti permanenti-COREPER) in cui le Comunità sono ordinate ha una propria struttura amministrativa; dall'altro lato, solo la Commissione dispone di un apparato dotato di compiti propri, mentre, negli altri casi, l'amministrazione opera in funzione « servente ».

L'apparato burocratico della Commissione è complesso. Si articola in un organo di vertice, la Commissione in senso stretto, formata da 7 commissari (ciascuno dei quali dispone di un proprio gabinetto) e in 23 direzioni generali, alle quali si affiancano sette servizi equiordinati. Presso questi uffici prestano la propria attività circa 11.000 tra funzionari ed agenti temporanei. Si noti la differenza rispetto alla struttura amministrativa dei governi nazionali, ove vi sono — di regola — tanti ministri quanti sono i ministeri.

La Commissione presenta altre tre caratteristiche di notevole interesse.

In primo luogo, essa ha natura transnazionale. Ciò vuol dire che non riflette né i popoli (come il Parlamento, istituzione sovranazionale), né i governi (che sono rappresentati nel Consiglio, l'organo intergovernativo) dei Paesi membri delle Comunità. A ciò si collega la seconda caratteristica, la neutralità: la Commissione, benché

partecipi alla formazione dell'indirizzo politico-amministrativo delle Comunità, opera al fine di assicurare la promozione e la garanzia dell'interesse comunitario, in posizione di indipendenza rispetto agli interessi nazionali, che sono variamente rappresentati nel Parlamento e nel Consiglio.

Vi è, poi, una terza caratteristica dell'ordinamento comunitario: la Commissione svolge sia funzioni amministrative proprie (di gestione delle politiche comuni e dei fondi strutturali; di controllo dell'applicazione del diritto comunitario), sia funzioni comuni con altre istituzioni (in particolare, la Commissione predispone le proposte di atti normativi e attua le norme dettate dal Consiglio, mediante l'emanazione di atti normativi subprimari).

Vi è, quindi, non una separazione dei poteri, ma un esercizio congiunto di potestà complementari, che, sotto il profilo normativo, tende a configurare il governo delle Comunità come un sistema, per così dire, « bicefalo ». Un'ulteriore conferma di ciò può essere ravvisata nella partecipazione del Presidente della Commissione alle riunioni del Consiglio europeo.

Ora, questa correlazione tra le funzioni del Consiglio e quelle della Commissione si è progressivamente intensificata, sino al punto da rendere poco definite le rispettive sfere di attribuzioni, specie nell'ambito della struttura amministrativa della Commissione, dove sono stati progressivamente introdotti istituti e prassi di natura intergovernativa.

Basti pensare ai gabinetti dei commissari, autentiche « enclaves » nazionali o alla prassi, informale ma puntualmente applicata, delle « quote » di funzionari dei vari Paesi; ovvero, infine, ai comitati di esperti nazionali che assistono la Commissione nello svolgimento delle sue funzioni.

I comitati sono collegi amministrativi multinazionali il cui scopo è di assicurare una consultazione permanente tra le burocrazie comunitaria e nazionali. Essi formulano pareri che, in determinati casi (c.d. comitati di gestione e di regolamentazione), producono effetti vincolanti rispetto alle proposte elaborate dalla Commissione. Dunque, le proposte della Commissione sono sottoposte a un negoziato inteso ad ottenere il consenso delle amministrazioni degli Stati membri: vi è una mediazione fra interesse comunitario e interessi nazionali. Ciò produce un raddoppio di funzioni, in quanto

il ruolo di « trait d'union » è affidato anche al COREPER, il Comitato dei Rappresentanti Permanenti.

Si realizza, così una convergenza di interessi: delle amministrazioni nazionali, che vogliono intervenire nel processo decisionale, prima dell'adozione della decisione; e in secondo luogo, della Commissione, che può avere influenza sugli altri organi europei in quanto sia in grado di conoscere dall'inizio gli scopi delle varie amministrazioni nazionali. Insomma, i comitati sono il frutto di una sorta di anticipazione della fase intergovernativa, che viene « introiettata » dalla Commissione, anche a scapito della sua posizione transnazionale.

4. *Il personale.*

Le principali caratteristiche del personale delle Comunità europee attengono all'organizzazione in carriere, al reclutamento e alla sua « vocazione » transnazionale.

Sotto il primo profilo, il personale ha assunto la struttura francese, che non è molto dissimile da quella italiana. Esso è diviso in quattro categorie: innanzitutto i funzionari e gli agenti (si noti la divisione, tipicamente francese tra chi esercita la « fonction publique » e i dipendenti di grado inferiore); poi, il c.d. personale esterno, cui si affiancano, infine, gli esperti nazionali distaccati. La categoria dei funzionari è divisa, a sua volta, in sei sotto-categorie.

Il reclutamento è operato mediante concorso (salvo i livelli alti) e nei concorsi sono escluse influenze nazionali.

In terzo luogo, va segnalata la diffusione di quote nazionali (quozienti di posti assegnati, di fatto, a personale di singole nazioni), in forte contrasto con la neutralità e trasnazionalità dell'apparato della Commissione.

5. *I procedimenti.*

Passiamo all'attività amministrativa delle Comunità europee. Esaminiamo prima il procedimento di formazione degli atti, poi i diversi tipi di atti; infine, l'attività.

All'incremento dei compiti della Commissione (specie di ge-

stione) è corrisposta una crescente propensione degli organi intergovernativi delle Comunità ad intervenire nel procedimento normativo ed amministrativo, prima della adozione della decisione. Basti pensare ai frequenti casi di preiniziativa del Consiglio (ai sensi dell'art. 152 del trattato istitutivo della CEE) o ai progetti elaborati dal COREPER.

Le Comunità Europee emanano tre tipi di atti: regolamenti, direttive e decisioni. I regolamenti sono atti normativi immediatamente applicabili, le direttive sono dirette agli Stati, le decisioni sono dirette agli Stati o agli individui. Però, per la giurisprudenza, le direttive non sono più indirizzate soltanto agli Stati, ma sono applicabili, quando sufficientemente specifiche, direttamente all'interno degli ordinamenti nazionali. Quindi, le direttive non devono necessariamente aspettare la c.d. attuazione delle direttive comunitarie (che si fa, in Italia, in base alla l. 86/89, con la c.d. « legge comunitaria »).

Le decisioni a loro volta, sono atti non generali quando sono dirette a singole persone; ma possono essere anche atti generali. Esse possono essere dirette sia agli Stati, sia ai privati.

Come opera l'amministrazione comunitaria? Occorre distinguere tre ipotesi: esecuzione diretta, esecuzione indiretta ed esecuzione per via giudiziaria. Esecuzione diretta: in questo caso (si prendano ad esempio il fondo regionale di sviluppo, oppure le decisioni di spesa), la decisione viene adottata ed anche eseguita da funzionari della Commissione, che istruiscono la pratica, richiedono il parere del competente comitato consultivo e provvedono ad erogare il finanziamento.

Esecuzione indiretta: la Commissione delle Comunità europee è fondata — di regola — sul principio già ricordato che non fa, ma fa fare: non esegue direttamente, ma indirettamente, mediante gli uffici di altre amministrazioni. Si tratta di un istituto atipico, riconducibile, per alcuni versi, ad una norma del diritto italiano, l'art. 118 Cost. Questo dispone che le regioni esercitano normalmente le loro funzioni avvalendosi degli uffici degli enti locali o delegandole ad essi. In altri termini, le Comunità europee stanno alle amministrazioni nazionali come le regioni dovrebbero stare alle amministrazioni comunali e provinciali.

Un esempio concreto di questo modello può essere ravvisato

nella politica agricola comunitaria. Tale politica viene decisa ogni anno, attraverso la cosiddetta campagna di commercializzazione, dal Consiglio. Se, ad esempio, l'Italia produce troppi cereali viene fissato un prezzo di intervento e i cereali con prezzo maggiore (e che perciò non troverebbero un mercato) vengono acquistati (questa operazione viene chiamata impropriamente ammasso). Essendo priva dell'organizzazione necessaria per la conservazione dei cereali acquistati, l'amministrazione delle Comunità europee fa capo all'azienda per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA). A sua volta, l'AIMA stipula convenzioni con la Federconsorzi, con l'AIA (Associazione Italiana Allevatori), ecc., i quali ultimi sono articolati in cooperative o consorzi che operano per conto terzi. Cooperative e consorzi immagazzinano prodotti a nome della Federconsorzi, la quale agisce per conto dell'AIMA, che a sua volta agisce come amministrazione indiretta delle Comunità europee.

Terza ipotesi: azione attraverso i giudici. Se un'azienda si trova in una posizione dominante e ne abusa, cade sotto il divieto del trattato delle Comunità europee, perché impedisce la circolazione dei beni, dei capitali, delle persone e dei servizi, che costituisce il nucleo originario della CEE. La Commissione, in tal caso, agisce nel modo seguente: la Direzione generale della concorrenza svolge una procedura di accertamento, ordinata a verificare la sussistenza di un comportamento contrastante al diritto comunitario. Se l'accertamento ha esito positivo, essa intima al soggetto inadempiente di cessare tale comportamento. Se, però, il privato non ottempera, la Commissione non può fare altro che rivolgersi alla Corte di giustizia, chiedendo che essa ordini al privato di desistere dal suo comportamento illegittimo.

In questa maniera si introduce un meccanismo diverso da quello dell'amministrazione italiana: quest'ultima dispone di strumenti giuridici che le consentono di realizzare unilateralmente i propri interessi (basti pensare alla potestà di autotutela). Nell'amministrazione europea ciò non esiste, per diversi motivi.

In primo luogo, per l'influenza della concezione inglese. Nel Regno Unito, la potestà di autotutela non è una potestà generale dell'amministrazione. In secondo luogo, la Commissione deve eseguire non solo contro cittadini, ma anche contro Stati, nei cui ordinamenti interni vengono attuati i provvedimenti. In quest'ottica,

è parso preferibile passare attraverso un organismo imparziale, la Corte di giustizia, dotando le amministrazioni europee di poteri di impulso e di verifica. La Commissione, infatti, può obbligare gli Stati a fornire informazioni, può imporre autonotificazioni (ad esempio, nel campo dei finanziamenti pubblici alle imprese), può ispezionare. In pochissimi casi, ha il potere di imporre sanzioni.

Notevole importanza riveste il ruolo di impulso esercitato dai privati, che possono ricorrere contro le amministrazioni nazionali alla Corte di giustizia. Si viene a creare quello che gli studiosi inglesi delle Comunità europee chiamano « iron triangle »: il cittadino opera, in un certo senso, come strumento della Commissione, contro l'amministrazione nazionale. Un esempio è offerto dal caso relativo alle riserve per il mezzogiorno, previste dalla l. 64/1986. Questa norma è stata impugnata da una impresa italiana alla Corte di giustizia, che l'ha dichiarata non conforme al trattato CEE. Così il cittadino, analogamente a quanto avviene nel sistema fiscale, diviene « agente » del controllo dell'amministrazione comunitaria sui pubblici poteri nazionali.

6. *Le implicazioni dell'integrazione comunitaria per l'amministrazione italiana.*

Si è visto in precedenza che vi è una forte *vis attractiva* delle Comunità europee, che incide, in parte, anche su materie ancora statali (ad esempio, nel campo della difesa verso l'esterno). Si profila, quindi, l'esigenza di coordinamento tra le amministrazioni degli Stati membri e all'intemo di essi.

Per il profilo « interno », occorre ricordare che l'espansione delle funzioni comunitarie e il conseguente coinvolgimento di settori sempre più ampi dell'amministrazione hanno determinato il superamento del ruolo guida del Ministero degli affari esteri.

In Italia, tre quarti dei ministeri sono interessati ai rapporti comunitari e ciascun ministero opera con criteri organizzativi diversi. Vi sono ministeri nei quali un ufficio centrale unico è incaricato dei rapporti con le Comunità. Vi sono, poi, ministeri dove la politica comunitaria è ordinata secondo una ripartizione per materia, tra uffici specializzati, alla base della piramide. Infine, vi sono

ministeri dove la funzione è divisa tra uffici posti in direzioni generali.

Questa varietà di modelli organizzativi è meno efficiente del sistema francese, dove le competenze sono degli uffici operativi « sul campo » dei Ministeri, ma questi, poi, fanno capo ad una segreteria generale unica.

IL SISTEMA AMMINISTRATIVO EUROPEO E LA SUA EVOLUZIONE (*)

1. Le caratteristiche del sistema amministrativo europeo: *a*) la mancanza di un ancoraggio costituzionale; *b*) l'esecuzione delle norme comunitarie; *c*) la mancanza di un sistema di giustizia amministrativa; *d*) lo sviluppo del diritto amministrativo europeo. — 2. L'evoluzione del sistema amministrativo europeo: *a*) i rapporti tra la Commissione e le amministrazioni nazionali; *b*) il controllo comunitario sulle attività delle amministrazioni nazionali; *c*) l'attività amministrativa della Commissione e la nascita delle amministrazioni comunitarie.

1. *Le caratteristiche del sistema amministrativo europeo:* a) *la mancanza di un ancoraggio costituzionale;* b) *l'esecuzione delle norme comunitarie;* c) *la mancanza di un sistema di giustizia amministrativa;* d) *lo sviluppo del diritto amministrativo europeo.*

Il sistema amministrativo europeo presenta tre caratteristiche singolari.

a) La prima è costituita dalla mancanza di un « ancoraggio » costituzionale, proprio dei sistemi amministrativi nazionali, da cui, normalmente, discende l'appartenenza dell'amministrazione ad uno dei tre poteri dello Stato, ed in particolare, a quello esecutivo.

Nel sistema delle Comunità europee, infatti, mentre è identificabile un potere giudiziario (Corte di giustizia), il potere normativo e quello esecutivo o amministrativo non sono chiaramente definiti.

E ciò sia sotto il profilo dell'organizzazione, sia sotto quello delle attività. Quanto all'organizzazione, i tre organi istituzionali delle Comunità, Parlamento, Consiglio e Commissione, concorrono nei processi decisionali: la Commissione ha un potere di iniziativa, il

---

(*) Relazione presentata al convegno su *Diritti amministrativi nazionali e diritto amministrativo europeo*, organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Roma « La Sapienza » (Roma, 12 dicembre 1990).

Consiglio di decisione, mentre il Parlamento, ossia l'organo maggiormente rappresentativo, solo consultivo o di co-decisione mediante la procedura di cooperazione introdotta dall'Atto unico europeo (art. 6-7) e di parere conforme (solo per le nuove adesioni: art. 9).

Quanto alle attività, la singolarità dell'ordinamento in esame è dimostrata dalla sostanziale identità tra i contenuti degli atti che potremmo definire amministrativi (decisioni) e i contenuti di quelli che potremmo definire normativi (regolamenti e direttive). Questi ultimi possono avere un contenuto concreto, tipico di un atto amministrativo, mentre le decisioni possono avere anche un contenuto generale ed astratto, tipico degli atti normativi. In tal caso, la Corte afferma la natura regolamentare o meno degli atti, sulla base di criteri non meramente formali (art. 190 Trattato CEE).

Inoltre, principi quale quello dell'obbligo di motivazione sono comuni sia alle decisioni, sia alle direttive e ai regolamenti.

Se ne può concludere che funzione amministrativa e funzione normativa, pur formalmente attribuite ad organi diversi, non sono chiaramente allocate e che i tre organi istituzionali concorrono nell'esercizio di dette funzioni.

b) Veniamo alla seconda peculiarità di questo sistema.

Secondo le categorie che ci sono maggiormente familiari, l'amministrazione è esecuzione di leggi. Ebbene, l'esecuzione di norme comunitarie (regolamenti e direttive) o non avviene in sede comunitaria o non è di natura amministrativa.

Le due negazioni si motivano nel seguente modo. L'esecuzione delle norme non avviene in sede comunitaria perché le Comunità sono organizzazioni pubbliche ad amministrazione indiretta. Come è stato affermato da uno dei « padri fondatori », « la Comunità non esegue, fa eseguire ». In via di principio, infatti, le Comunità operano attraverso uffici delle amministrazioni nazionali degli Stati membri. Si tratta di un istituto, simile a quello, disciplinato dalla Costituzione, per cui le Regioni operano utilizzando gli uffici degli enti locali (art. 118, III co., Costituzione). Si potrebbe, così, dire che le Comunità stanno agli Stati nazionali come le regioni italiane alle province e ai comuni.

Vi è, dunque, un fenomeno di co-amministrazione. Gli organismi comunitari svolgono le funzioni che si collocano nelle fasi

precedenti e successive all'esecuzione: essi, di regola, infatti, adottano gli atti di indirizzo e svolgono attività di supervisione, ispezione e controllo, non eseguono direttamente.

Esaminiamo ora la seconda negazione. In molti casi, l'esecuzione delle decisioni comunitarie avviene in via giudiziaria.

Se, ad esempio, uno Stato viola, con aiuti, le norme comunitarie attinenti alla concorrenza, la Commissione intima allo Stato di desistere. Se, tuttavia, lo Stato persiste, la Commissione si rivolge alla Corte di Giustizia. La decisione amministrativa viene, così, eseguita in via giudiziaria.

Tale sistema amministrativo è assai più vicino a quello dell'Inghilterra vittoriana, che a quello odierno della Francia, della Germania o dell'Italia.

c) Il terzo elemento che rende singolare il sistema amministrativo europeo è costituito dalla mancanza di una componente importante dei sistemi amministrativi continentali, e cioè, di un sistema di giustizia proprio dell'amministrazione. Non esiste un giudice specializzato per i problemi amministrativi. L'unico apparato giudiziario, la Corte di Giustizia, assomma le competenze proprie di un giudice costituzionale e quelle di un giudice amministrativo. Sia gli atti normativi che gli atti amministrativi sono sottoposti alla cognizione di questo giudice.

d) Nonostante la presenza di queste tre caratteristiche singolari, nel sistema amministrativo europeo si è rapidamente sviluppato un diritto amministrativo. Va ricordata, in particolare, una decisione della Corte di Giustizia del 1960, che ammetteva l'esistenza di un diritto amministrativo europeo (von Lachmüller). Il caso concerneva una controversia di lavoro, promossa da traduttori che lavoravano presso la Commissione. Riconosciuta ad essi la qualifica di funzionari pubblici, la Corte ha stabilito che gli stessi dovessero essere sottoposti ad un contratto di diritto pubblico, secondo i principi generali del diritto amministrativo. In seguito, la giurisprudenza della Corte di giustizia, analogamente al *Conseil d'Etat* francese, ha sviluppato, specie nel settore della concorrenza, un complesso di principii e regole relativi ai rapporti tra l'amministrazione (la Commissione) e i cittadini. Da ultimo, il Tribunale di primo grado delle Comunità previsto nell'Atto unico europeo del 1987 ed istituito nel 1988, ha adottato una decisione in materia di procedimento ammi-

nistrativo. In particolare, è stata riconosciuta l'impugnabilità di atti preparatori (sentenza 10 luglio 1990).

Questo diritto amministrativo è tanto sviluppato da indurre un autore tedesco a pubblicare due ponderosi tomi intitolati *Diritto amministrativo europeo* ed un autore italiano a scrivere un libro intitolato *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*.

In conclusione, quello europeo è un sistema amministrativo dai contorni non ben definiti, distinto, ma non separato, da quello costituzionale. Nonostante questo suo carattere embrionale, al suo interno si è affermato, già da circa venti anni, un diritto amministrativo. Dunque, il ritardo del sistema amministrativo non ha comportato un ritardo nello sviluppo del diritto amministrativo, a differenza di quanto è avvenuto negli Stati Uniti d'America e nel Regno Unito, ove un certo ritardo nell'affermazione di un apparato amministrativo come corpo e « potere » a sé stante, ha comportato un ritardo nel riconoscimento dell'esistenza del diritto amministrativo.

2. *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo:* a) *i rapporti tra la Commissione e le amministrazioni nazionali;* b) *il controllo comunitario sulle attività delle amministrazioni nazionali;* c) *l'attività amministrativa della Commissione e la nascita delle amministrazioni comunitarie.*

Occorre ora esaminare che cosa sia cambiato in questo sistema e quali novità si siano prodotte al di fuori di esso, mutandone l'aspetto.

a) In primo luogo, dei tre apparati comunitari, Parlamento, Consiglio e Commissione, i primi due sono istituzionalmente legati alle realtà nazionali degli Stati membri: infatti, il Parlamento è l'organo rappresentativo dei popoli delle singole nazioni e il Consiglio dei governi degli Stati membri. La Commissione, invece, è istituzionalmente « transnazionale », perché le funzioni che ad essa sono attribuite prescindono dall'esistenza di nazioni, Stati, governi e popoli: la Commissione è il « guardiano dello spirito comunitario ».

Nei fatti, però, la Commissione ha sviluppato propri rapporti con le amministrazioni nazionali. Esaminiamo cause ed effetti di questo fenomeno.

Sotto il profilo delle cause, vi è una sorta di convergenza tra gli

interessi dei Paesi membri e quelli delle Comunità nella preparazione delle decisioni.

Da un lato, le pubbliche amministrazioni nazionali sono interessate a far sentire la propria voce prima che venga presa una decisione; dall'altro, la Commissione, che ha il compito di promuovere le decisioni, vuole condizionare l'attività delle amministrazioni nazionali che dovranno intervenire nell'esecuzione delle stesse ed, indirettamente, influenzare anche i governi.

Gli effetti sono stati poco studiati, ma sono molto importanti. Essi sono costituiti dall'enorme sviluppo, presso la Commissione, di gruppi, comitati, commissioni (la terminologia è varia), il cui numero è di circa 800. Così si realizza una vera e propria *partnership* tra le amministrazioni nazionali e la Commissione.

La conseguenza è evidente: se il Parlamento Europeo rappresenta il « vertice » dei popoli dell'Europa e il Consiglio il « vertice » dei Governi, la Commissione diviene il « vertice » delle amministrazioni nazionali. Per cui, tra non molto, potrà dirsi che esiste un'amministrazione europea, articolata in amministrazioni nazionali.

b) Il secondo aspetto della evoluzione del sistema amministrativo può essere illustrato da un esempio. La legge italiana del 1° marzo 1986, n. 64, recante norme sulla « disciplina organica degli interventi straordinari nel Mezzogiorno », prevede che i contratti della pubblica amministrazione debbano contenere una riserva in favore di imprese operanti nel Mezzogiorno che offrano i servizi o i beni richiesti dalla pubblica amministrazione. Una impresa di Prato ha impugnato dinanzi alla Corte di Giustizia un bando di gara emanato sulla base della l. n. 64/86 citata, ponendo in dubbio la legittimità della riserva da essa prevista, e la Corte ha dichiarato tale bando contrario ai principi del Trattato istitutivo della Comunità europea, invalidando ogni conseguente attività dell'amministrazione (sentenza 20 marzo 1990).

Questo è solo un esempio di un fenomeno importante, costituito dal ruolo di impulso svolto dal controllo comunitario sull'amministrazione nazionale ed azionato direttamente dai cittadini. Questi ultimi diventano, in qualche modo, gli agenti degli interessi comunitari, al punto che alcuni studiosi inglesi hanno parlato di un « triangolo di ferro » che verrebbe a stabilirsi tra cittadini, Commis-

sione e Corte di Giustizia. Si noti che la seconda tendenza rafforza la prima.

c) Veniamo al terzo ed ultimo aspetto: la Commissione ha acquisito il potere di eseguire direttamente. Non vi è dubbio, infatti, che costituisca attività amministrativa (ed esecutiva) quella svolta dalla Commissione nell'ambito della gestione del bilancio o delle ispezioni relative alla sicurezza delle installazioni nucleari. Vi è un'amministrazione comunitaria permanente delle relazioni esterne (ossia degli affari esteri). Inoltre, le Comunità sono dotate di un apparato multipolare che amministra fondi agricoli, sociali, per lo sviluppo regionale. Molti altri, infine, sono gli organismi amministrativi in via di costituzione: si pensi solo alla Banca Centrale Europea, che sarà una sorta di autorità amministrativa indipendente di livello europeo, e all'Agenzia per l'ambiente.

Il terzo sviluppo rispetto al modello originario è, quindi, costituito dal fatto che l'amministrazione comunitaria si dota di un apparato esecutivo, che nasce come una struttura « stellare ».

Per concludere. È stato scritto che le Comunità europee non hanno alcun senso, se non sfociano in un potere politico. Oggi esse sono un potere pubblico sovranazionale, ma presentano caratteristiche molto diverse dagli Stati, per cui non si possono trasporre su di esse ordini concettuali e approcci teorici propri dello studio dello Stato.

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO COMUNITARIO E LA SUA INFLUENZA SULLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE NAZIONALI

1. Esiste un diritto amministrativo europeo? — 2. Caratteri del diritto amministrativo europeo. *a*) Le funzioni. *b*) L'organizzazione. *c*) I tipi di attività e il loro regime. *d*) Il giudice. — 3. Il ravvicinamento e la convergenza dei diritti amministrativi nazionali. — 4. I rapporti "verticali" tra Comunità europea e amministrazioni nazionali. — 5. I rapporti "orizzontali" tra le diverse amministrazioni pubbliche nazionali. — 6. Conclusioni.

1. *Esiste un diritto amministrativo europeo?*

All'esistenza di un diritto amministrativo europeo possono farsi quattro obiezioni. La prima è che i diritti amministrativi sono fenomeni statali. Mentre i diritti civili nascono e si sviluppano indipendentemente dagli Stati, nelle società, i diritti amministrativi sono il prodotto dello sviluppo degli stati-nazione nel Settecento e nell'Ottocento.

La seconda obiezione è la seguente: che, nel diritto europeo, vi è un regime di indistinzione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo. In primo luogo, gli organi fondamentali della Comunità, il Consiglio, la Commissione e il Parlamento, sono retti dal principio di concorrenza e non di separazione dei poteri. In secondo luogo, nel diritto comunitario non vi è distinzione tra norma ed atto amministrativo. Sia le decisioni, sia i regolamenti e le direttive possono avere tanto un contenuto astratto quanto un contenuto concreto. In terzo luogo, atti a contenuto generale ed atti a contenuto particolare sono sottoposti, nel diritto comunitario, agli stessi principi: ad esempio, quello consistente nell'obbligo di motivazione. In quarto luogo, lo stesso organo giudiziario, la Corte di giustizia, è giudice sia costituzionale, sia amministrativo, potendo giudicare sia delle leggi che dei provvedimenti a contenuto concreto. Perché vi sia

questa indistinzione è noto: fin dall'origine della Comunità, gli Stati nazionali rifiutarono di ammettere che essa potesse adottare leggi e stabilirono che essa si sovrappone, non si sostituisce agli Stati, nell'esecuzione (la comunità è una struttura che "fa fare", non "fa").

La terza obiezione è che il diritto amministrativo è diritto che regola il potere esecutivo, ma tale potere non esiste nella Comunità. Secondo l'espressione di Montesquieu (1748), l'amministrazione è la *puissance exécutrice de la volonté de l'Etat*. La Comunità decide, ma esegue attraverso le amministrazioni statali, in quanto l'amministrazione comunitaria è *non executant*, ovvero organizzazione pubblica ad amministrazione indiretta, sul modello dell'amministrazione dell'Inghilterra vittoriana.

La quarta obiezione è quella definita in Francia con la teoria dell'*écran legislatif*: tra norma comunitaria e decisione amministrativa nazionale vi è sempre una norma nazionale. Quindi, la decisione amministrativa nazionale è sempre esecuzione di norma nazionale.

Tutte queste obiezioni, tuttavia, non reggono ad un esame più attento dell'ordinamento comunitario e dei suoi sviluppi.

Non la prima, per un motivo generale. Perché si è ormai sviluppato un diritto amministrativo internazionale o delle organizzazioni internazionali. Infatti, le organizzazioni internazionali governative, che non agiscono da *forum*, ma erogano servizi, sono ormai parecchie centinaia e coinvolgono spesso tutti gli Stati (basti pensare soltanto all'Unione postale internazionale). Vi è ormai un corpo di letteratura e di giurisprudenza relativa all'*International Civil Service*. Dunque, non è più vero che il diritto amministrativo è fenomeno esclusivamente statale.

Non regge all'osservazione degli sviluppi degli ordinamenti giuridici neppure la seconda obiezione. Infatti, nel diritto comunitario si assiste ad una lenta separazione tra normazione ed amministrazione. Basti pensare alla dichiarazione allegata al trattato dell'unione europea sulla gerarchia degli atti comunitari e all'impegno assunto a Maastricht di organizzare una conferenza intergovernativa nel 1996 per stabilire una appropriata gerarchia tra le diverse categorie di norme. Inoltre, la Corte di giustizia è andata sviluppando — come vedremo — princìpi propri del diritto amministrativo comunitario. Dunque, il diritto amministrativo comunitario si va sviluppando, cosi come quelli statali, "sulle ginocchia del giudice".

Neppure la terza obiezione è ormai più vera. Vi è esecuzione comunitaria diretta per quanto riguarda il bilancio e i rapporti esteri. E a questa si aggiungerà l'attività svolta dal sistema europeo delle banche centrali. D'altra parte, anche negli Stati vi sono poteri pubblici che non eseguono direttamente, bensì operano avvalendosi degli uffici di altri enti pubblici, oppure delegando le loro funzioni ad essi (basti ricordare l'art. 118 della Costituzione italiana, per ciò che attiene ai rapporti tra regioni ed enti locali).

Infine, è superata la teoria dello schermo legislativo. Anche la Francia, il paese più geloso del proprio diritto amministrativo, con l'*arrêt Nicolò* del 20 ottobre 1989, ha ammesso il principio della diretta applicabilità del diritto comunitario, a prescindere dalla normativa nazionale passata o successiva. Il caso deciso è noto. Si trattava dei diritti degli abitanti dei domini d'oltremare. Ora, se questi sono geograficamente fuori della Comunità europea, fanno parte giuridicamente di essa. Il Consiglio di Stato francese ha deciso dopo aver accertato che la legge elettorale nazionale successiva (1977) fosse compatibile con il trattato del 1957. Ne deriva che tra gli ordinamenti nazionali e quello comunitario non vi è un regime di separazione: che vi è un ordinamento amministrativo europeo, nel quale sono integrati quelli nazionali.

2. *Caratteri del diritto amministrativo europeo.*

Se esiste un diritto amministrativo europeo, quali caratteristiche esso ha? Esaminiamo quelle principali, passando in rassegna le funzioni dell'amministrazione europea, la sua organizzazione, i tipi di attività e il regime al quale sono sottoposti i giudici dell'amministrazione.

a) *Le funzioni.*

Quanto alle funzioni, l'amministrazione europea nasce come un corpo amministrarivo retto dal principio della enumerazione delle materie. Tuttavia, questo principio è stato successivamente superato in diversi modi.

In primo luogo, attraverso l'uso dei "poteri impliciti", come previsto dall'art. 235 del trattato.

In secondo luogo, attraverso la "comunitarizzazione" di materie

prime nazionali, attraverso il loro "inquadramento" nella attività comunitaria. Di conseguenza, progressivamente, attraverso l'armonizzazione e le azioni comuni, nonché attraverso la cooperazione e la formulazione di posizioni comuni, si produce una progressiva attrazione di funzioni statali nell'area comunitaria.

In terzo luogo, le comunità ampliano i loro compiti estendendoli, con il trattato di Maastricht, alle *competences régaliennes*, quali la moneta, la difesa, i rapporti con l'estero, l'ordine pubblico e la giustizia. Il riconoscimento di questi progressi è completato dall'art. G) del trattato dell'unione, il quale prevede che la comunità economica europea diventi, più semplicemente, comunità europea. A questi sviluppi attinenti alle funzioni, va aggiunto il principio di sussidiarietà, previsto dagli artt. B e 3B del trattato dell'unione. Questo comporta una limitazione "verticale" delle funzioni, proprio quando queste si vanno ampliando in senso "orizzontale". È vero che l'art. B è incluso tra quelli che regolano materie estranee alla giurisdizione alla Corte di giustizia, ma l'art. 3B, all'opposto, rientra nell'ambito della giurisdizione di questo organo. Dunque, il principio di sussidiarietà è giurisdizionalmente "sanzionabile" ed ha una valenza positiva, oltre che negativa: è il riconoscimento della affermazione della Comunità europea come potere pubblico a materie (potenzialmente) illimitate. In questo quadro, le amministrazioni nazionali operano in attuazione del diritto comunitario.

In conclusione, può dirsi che, quanto alle funzioni, la comunità europea si presenta nello stesso modo dei poteri amministrativi statali.

b) *L'organizzazione*.

Anche per quanto riguarda l'organizzazione, la Comunità europea presenta alcune caratteristiche tipiche delle amministrazioni nazionali. Principale tra queste il carattere multiorganizzativo.

Infatti, l'amministrazione europea è articolata in almeno quattro componenti. In primo luogo, vi sono organizzazioni dipartimentali e divisionali, facenti capo alle ventitre direzioni generali, alla testa delle quali vi sono responsabili politici.

In secondo luogo, come negli Stati vi sono gli enti pubblici, nell'amministrazione comunitaria vi sono i fondi (i tre esistenti per

l'agricoltura, le attivita sociali e la ricerca e quello previsto, relativo alla "coesione").

In terzo luogo, vi sono autorità amministrative indipendenti. Le principali sono il sistema europeo delle banche centrali, la Banca centrale europea (artt. 4A e 105 segg. del trattato dell'Unione), la Banca europea degli investimenti (artt. 4B e 198 D-E del trattato), l'Ombudsman (art. 138E del trattato) e la Corte dei conti (artt. 188 segg. del trattato).

Infine. vi sono corpi amministrativi che, pur facendo parte dell'amministrazione europea, sono ad essa esterni. L'esempio maggiore è costituito — secondo il trattato dell'Unione — dall'Unione europea occidentale, che è organo di elaborazione ed attuazione di decisioni e azioni dell'Unione, secondo l'art. J4 del trattato dell'Unione.

Dunque, anche sotto il profilo dell'organizzazione, l'amministrazione europea presenta caratteri non dissimili da quelli propri delle amministrazioni nazionali.

c) *I tipi di attività e il loro regime.*

Le attivita amministrative che la Comunità europea svolge appartengono a tre tipi. Vi è l'amministrazione diretta; l'amministrazione indiretta, svolta mediante l'utilizzazione di uffici amministrativi statali; l'attività svolta in via giudiziale (ad esempio, la direzione generale per la concorrenza svolge un'attività di accertamento, può adottare intimazioni, ma, per l'esecuzione delle sue decisioni, deve ricorrere alla Corte di giustizia).

Definiti i tipi, va aggiunto che si sono formati, in ordine a queste attività, principi legislativi e principi di formazione giudiziale. Uno dei principi legislativi è quello di sussidiarietà, definito — come osservato — dall'art. 3B del trattato dell'Unione, che stabilisce un limite all'azione amministrativa comunitaria. Altri principi sono stati introdotti nel diritto comunitario attraverso il riconoscimento, nell'art. F e nell'art. 215 del trattato dell'Unione, dei diritti garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In questo modo, nel diritto comunitario si sono formati princìpi dell'azione amministrativa diversi da quelli propri dei diritti delle amministrazioni pertinenti agli Stati membri.

Prima ancora che le norme riconoscessero principi per via

legislativa, tuttavia, la Corte di giustizia aveva sviluppato principi applicabili all'attività amministrativa comunitaria, quali quelli di legalità, di eguaglianza di trattamento, del giusto procedimento, di tutela dell'affidamento, di proporzionalità, ecc. A questi si aggiungono principi ora introdotti in diversi ordinamenti nazionali dalle leggi sul procedimento, come quello di necessarietà del provvedimento espresso, o di doverosità dell'azione amministrativa, o quello dell'obbligo di cooperazione nell'esecuzione. Questo coinvolge sia l'azione amministrativa comunitaria che quella nazionale, obbligando le amministrazioni nazionali a disapplicare il diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario.

d) *Il giudice*.

Più complesso il discorso relativo al giudice. In primo luogo, vanno messi in luce due aspetti che riguardano il complesso rapporto tra diritti amministrativi nazionali e diritto amministrativo comunitario. Da un lato, le relazioni solitamente bipolari, tra cittadino ed amministrazione, riassunte nel conflitto libertà — autorità, sono sostituite da rapporti tripolari, tra cittadino — amministrazione nazionale — amministrazione comunitaria. D'altro lato, i giudici nazionali fanno ormai parte di un sistema giudiziario al cui vertice vi è il giudice comunitario: gli uni e gli altri sono garanti del rispetto del diritto comunitario. Si può dire che la comunità europea è un unico sistema giudiziario, prima ancora di un unico sistema giuridico. Il legame tra sistemi giudiziari nazionali e sistema giudiziario comunitario è offerto dal rinvio pregiudiziale.

Detto ciò sotto il profilo dell'integrazione dei sistemi giudiziari, va notato che i casi che possono presentarsi nella giustizia amministrativa comunitaria sono due. Il primo è quello dell'attuazione in via amministrativa del diritto comunitario, e cioè quello del diritto comunitario immediatamente applicabile, senza lo schermo della norma nazionale. In questo caso, vi è solo una disciplina generale comunitaria, seguita da un provvedimento amministrativo nazionale. In tal caso, l'amministrazione nazionale attua il diritto comunitario, che è fonte del potere amministrativo nazionale. Il giudice nazionale, a sua solta, è giudice della legittimità comunitaria di atti amministrativi nazionali. Dunque, il diritto comunitario diviene parametro di legittimità dell'attività amministrativa nazionale.

Il secondo caso è quello nel quale una norma nazionale esista. Però, il principio della disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto comunitario fa sì che lo schermo della norma nazionale diventi caduco. È vero che, in questo caso. vi è una norma comunitaria, una nazionale e un provvedimento amministrativo nazionale. Ma se la seconda è in contrasto con la prima, dovrà essere disapplicata, riproducendosi la situazione precedente, quella di provvedimenti amministrativi nazionali di attuazione del diritto comunitario. Di conseguenza, il giudice amministrativo nazionale dovrà accertare la nullità del provvedimento amministrativo emanato in base a norma nazionale da disapplicare, non la sua annullabilità. La norma successiva nazionale in contrasto con la disciplina comunitaria, infatti, nasce illegittima. Dunque, l'atto amministrativo eventualmente emanato in base a norma che non si doveva applicare, ha una invalidità assoluta, non relativa.

3. *Il ravvicinamento e la convergenza dei diritti amministrativi nazionali.*

Si è spiegato finora che esiste un diritto amministrativo europeo e che esso ha proprie caratteristiche, non molto diverse dai diritti amministrativi nazionali. Va aggiunto che il diritto amministrativo comunitario ha un effetto ulteriore: produce la convergenza di quelli nazionali.

Che i diritti amministrativi, nelle due sfere, facciano parte di ordinamenti che non sono separati, ma sovrapposti ed integrati l'uno all'altro, non vi è dubbio. Ma — proprio per questo — il diritto amministrativo comunitario produce effetti di armonizzazione tra quelli nazionali.

In primo luogo, nel diritto amministrativo comunitario possono oggi trovarsi definizioni comuni, che delimitano i confini di istituti o gruppi di istituti dei diritti amministrativi nazionali. Ad esempio, le direttive in materia di contratti della pubblica amministrazione definiscono la nozione di pubblica amministrazione. La direttiva dell'80 sulle relazioni finanziarie tra stato ed imprese e quella del '90 sulle telecomunicazioni definiscono la nozione di impresa pubblica.

In secondo luogo, il diritto amministrativo comunitario stabilisce alcuni principi comuni, quali, ad esempio, quello del giusto

procedimento o del diritto di essere ascoltati. La Corte di giustizia, dopo aver seguito, nella prima fase della sua attività, l'approccio comparativo, riferendosi ai maggiori ordinamenti interni, per desumerne principi e istituti comuni, si è orientata, nella seconda fase della sua attività, in un senso opposto: di determinare principi e criteri generali da applicare ai diversi ordinamenti, che debbono essere da essi rispettati.

In terzo luogo, tramite il diritto amministrativo comunitario, viene a stabilirsi una sorta di "minimo comune denominatore" tra i diritti amministrativi nazionali. È interessante, ad esempio, notare come la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e l'affermazione della specialità del diritto amministrativo, proprie del diritto amministrativo francese (e, in generale, continentale) siano state introdotte nel Regno Unito, dove erano prima inesistenti o disconosciute. Al contrario, il principio di specialità, sotto la pressione del diritto comunitario, trova attenuazioni dove prima era riconosciuto. Ad esempio, il cosiddetto *privilège du préalable*, proprio dell'ordinamento amministrativo francese, registra numerose attenuazioni, riconoscendosi carattere tendenzialmente paritario a cittadini e amministrazione.

4. *I rapporti "verticali" tra Comunità europea e amministrazioni nazionali.*

L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali è duplice. Da un lato, è un'influenza diretta, che si svolge lungo i rapporti "verticali" tra la comunità europea e i singoli diritti amministrativi nazionali. Dall'altro, l'influenza è "orizzontale'': il diritto comunitario crea una "piattaforma", che costituisce un veicolo per i "trapianti" di istituti da un diritto nazionale ad un altro.

L'influenza che si è definita "verticale" si registra sia sotto il profilo organizzativo, sia sotto quello del procedimento, sia, infine, sotto il profilo della giustizia amministrativa.

Per gli aspetti organizzativi, la Comunità europea influisce sui diritti amministrativi nazionali sia in modo diretto, sia in modo indiretto. Un esempio dell'influenza diretta svolta dal diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali è quello

relativo al trasporto ferroviario. In questa materia, la Comunità ha disposto una netta separazione tra la rete ferroviaria e il servizio che si svolge attraverso la rete. La rete può avere caratteristiche monopolistiche, il servizio deve perdere tali caratteristiche. Anzi, l'impresa che gestisce il trasporto ferroviario può, a sua volta, essere finanziata non in maniera stabile, ma sulla base di specifici contratti (chiamati, appunto, contratti di servizio). Questa nuova impostazione del regime dei trasporto ferroviario si avvia a produrre, nel diritto amministrativo italiano, una profonda modificazione. Esso, infatti, sotto questo aspetto, applica l'art. 43 della costituzione, per cui oggetto della riserva è l'intero servizio pubblico, costituito dalla rete e dall'impresa che gestisce il trasporto ferroviario. La Comunità, poi, esercita una influenza indiretta, in quanto — come notato — agisce attraverso amministrazioni pubbliche nazionali. Da ciò deriva che queste ultime diventano organismi "codipendenti": dal punto di vista strutturale, sono parte di amministrazioni nazionali; dal punto di vista funzionale, fanno parte dell'amministrazione comunitaria. Ma il diritto amministrativo comunitario, pur se indifferente, in linea di principio, al modo di organizzazione di ciascuno stato, al suo interno, talora lo condiziona. Si produce, in tali casi, un effetto singolare: alcuni organi amministrativi, nazionali, retti da leggi nazionali, diventano rilevanti dal punto di vista del diritto comunitario, perché questo ne prevede l'istituzione o ne regola la struttura o in altro modo ne condiziona l'esistenza o l'ordinamento.

Anche gli effetti "verticali" sul procedimento possono distinguersi in diretti ed indiretti. Tra i primi vanno segnalati, in particolare, quelli prodotti dalla disciplina comunitaria in materia di contratti (di lavori pubblici, di forniture, per i settori esclusi, per i servizi). Il diritto amministrativo interno non solo si adegua a queste disposizioni, ma tende a seguirle anche per l'area alla quale la disciplina comunitaria non dovrebbe trovare applicazione (i contratti di entità minore).

Oltre all'effetto diretto, vi è un effetto indiretto sulle procedure, che deriva dall'imitazione delle procedure comunitarie da parte di quelle interne.

Infine, gli effetti "verticali" sulla giustizia amministrativa sono particolarmente rilevanti. La Comunità europea, prima che un'unità di poteri politici, è un'unità di sistemi economici e giuridici. Fattori

unificanti dei sistemi giuridici sono, da un lato, il sistema delle fonti, caratterizzato dalla subordinazione del diritto interno al diritto comunitario; dall'altro, il sistema giudiziario, caratterizzato dalla forte unità tra le corti nazionali e quelle europee e tenuto insieme dal meccanismo del rinvio pregiudiziale.

5. *I rapporti "orizzontali" tra le diverse amministrazioni pubbliche nazionali.*

Come osservato, non vi è soltanto un'influenza "verticale" del diritto amministrativo comunitario su quello interno. Vi è anche un'influenza mediata, che viene prodotta dalla costituzione di un "ambiente" comune, nel quale diventano più agevoli i "trapianti" di istituti giuridici e le imitazioni da un ordinamento giuridico all'altro.

Quanto osservato trova conferma sotto il profilo organizzativo, dell'attività e della giustizia amministrativa. Nell'organizzazione, ad esempio, può riscontrarsi la diffusione, nei paesi comunitari, di uffici che, sull'esempio francese, sono definiti autorità amministrative indipendenti.

Sotto il profilo della disciplina dell'attività un esempio di "livellamento" delle normative è costituito dalla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Può dirsi tendenza comune dei diversi diritti amministrativi nazionali quello di garantire ai cittadini il diritto all'informazione nei confronti dell'amministrazione.

Per quanto riguarda la giustizia amministrativa, un esempio di influenza "orizzontale" è costituito dalla disciplina dell'esecuzione delle decisioni giudiziarie, per le quali, sia pure in modi diversi, è stato introdotto, dalla metà di questo secolo, un controllo dell'ottemperanza.

6. *Conclusioni.*

Può, in conclusione, dirsi che un diritto amministrativo comunitario c'è e si è sviluppato. E, inoltre, che esso, ormai, influenza direttamente e indirettamente i diritti amministrativi nazionali e produce una convergenza di questi ultimi verso un diritto amministrativo comune, frutto di uno scambio reciproco tra i diversi Paesi,

scambio che viene accelerato dall'azione dell'amministrazione comunitaria.

L'unificazione in corso, nei paesi europei, riguarda i sistemi costituzionali e, in particolare, le fonti del diritto, con la lenta acquisizione del principio della supremazia della fonte comunitaria rispetto a quelle nazionali. Riguarda i sistemi giudiziari, e la loro unificazione non intorno ad una unica corte di cassazione, bensì intorno alla interpretazione unitaria del diritto comunitario, garantita dal rinvio pregiudiziaie alla Corte di giustizia. Ma riguarda anche i diritti amministrativi, grazie ai diversi modi in cui il diritto amministrativo comunitario riesce ad influenzarli. Delle strutture del potere pubblico degli Stati, dunque, finora l'area meno influenzata dalla comunità è quella del potere politico e dei governi.

L'unificazione che si è prodotta finora sarà, nel futuro, influenzata da due fattori, il primo interno e il secondo comunitario. Il primo fattore riguarda le modalità di attuazione del diritto comunitario nel diritto interno. La nota legge "La Pergola" prevede un meccanismo estremamente faticoso di recepimento del diritto comunitario, per via legislativa. Le conseguenze sono duplici, l'una più grave dell'altra. Da un lato, vi sono notevoli ritardi. Dall'altro, vi è l'irrigidimento a livello legislativo della disciplina di tutte le materie su cui interviene la Comunità. Ad esempio, la legge 19 dicembre 1992, n. 489, riguardante l'attuazione delle direttive sul mercato interno, fa sì che, nell'ordinamento italiano, d'ora in poi, saranno disciplinati con legge gli animali di razza. le piante ornamentali e la commercializzazione dei molluschi bivalvi vivi. Tutto ciò influenza il rapporto tra diritto amministrativo comunitario e diritto amministrativo interno perché eleva un grande "schermo legislativo" tra l'uno e l'altro, rendendo l'integrazione comunitaria più difficile e l'ordinamento nazionale più rigido.

L'altro fattore che influenzerà, in futuro, lo sviluppo del diritto amministrativo comunitario e i suoi rapporti con i diritti amministrativi nazionali sarà l'assetto interno assunto dalla Costituzione europea. Tra i possibili futuri della comunità, quello che appare più probabile è dominato dalla costituzione di "reti" di poteri pubblici intersecantisi: gli Stati, rappresentati nel consiglio dai governi, dalle amministrazioni nei comitati e dai rappresentanti del popolo nel parlamento. Questa moltiplicazione delle "rappre-

sentanze" nazionali nella Comunità conferisce un posto particolare alle amministrazioni, influenzando lo sviluppo dei rapporti tra diritto amministrativo comunitario e diritto amministrativo nazionale.

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO PRESENTA CARATTERI ORIGINALI? (*)

1. *Dawn raids*. — 2. Le tre componenti del diritto amministrativo europeo e i suoi rapporti con i diritti statali. — 3. Figure dell'organizzazione. — 4. Modi di funzionamento. — 5. Principi. — 6. Che cosa c'è di nuovo nel diritto amministrativo europeo?

1. Dawn raids.

Si chiamano *dawn raids* (incursioni all'alba) o *visites-surprises* (visite-sorprese) (1). Consistono nell'irruzione all'alba di funzionari della Commissione della Comunità europea, con l'assistenza di funzionari delle autorità nazionali della concorrenza, negli uffici delle imprese, alla ricerca di accordi segreti, in violazione delle norme sulla concorrenza. Un regolamento del 1962 (2) ed ora uno del 2003 (3) dà, infatti, alla Commissione il potere di effettuare ispezioni nei locali delle imprese nazionali, nell'ambito degli accertamenti sulle intese e gli abusi di posizione dominante, proibiti dagli artt. 81 e 82 del Trattato istitutivo della Comunità europea.

Il regolamento del 2003, che si applica dal 1° maggio 2004, amplia il potere di accertamento. Esso può svolgersi, oltre che nei locali, terreni e mezzi di trasporto di imprese e associazioni di imprese, anche in altri locali, terreni e mezzi di trasporto, compreso

---

(*) Prelezione al corso di diritto amministrativo 2003 della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma « La Sapienza », tenuta il 14 gennaio 2003. Ringrazio la dottoressa Manuela Veronelli per la raccolta della normativa sui procedimenti compositi e la professoressa Francesca Bignami e i professori Giacinto della Cananea e Claudio Franchini per i commenti alla prima versione di questo scritto.

(1) K. Van Miert, *Le marché et le pouvoir*, Bruxelles, 2000, p. 157 ss.

(2) N. 17/62.

(3) N. 1/03.

il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese interessate.

Per assicurare il rispetto del domicilio — che, per esempio, secondo la Costituzione italiana, è 'inviolabile' (art. 14) — il nuovo regolamento stabilisce che la decisione relativa, per essere eseguita, ha bisogno dell'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale dello Stato membro interessato.

Il regolamento del 2003, però, fissa, poi, anche i limiti dei poteri dell'autorità giudiziaria: « [q]uest'ultima controlla l'autenticità della decisione della Commissione e verifica che le misure coercitive non siano né arbitrarie né sproporzionate in considerazione, in particolare, della gravità della presunta infrazione, dell'importanza della prova richiesta, del coinvolgimento dell'impresa interessata e della ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all'oggetto degli accertamenti siano detenuti nei locali per i quali è chiesta l'autorizzazione. L'autorità giudiziaria nazionale può chiedere alla Commissione, direttamente o attraverso l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro, una spiegazione dettagliata degli elementi che sono necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste. Tuttavia, l'autorità giudiziaria nazionale non può mettere in discussione la necessità degli accertamenti, né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione. Il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia » (4).

Dunque, il diritto comunitario limita il controllo giudiziario nazionale *ex ante* sugli atti comunitari, anche se riguardano diritti costituzionalmente garantiti in sede nazionale, e riserva il controllo giudiziario *ex post* alla Corte di giustizia.

È qui in gioco un diritto che la Costituzione nazionale garantisce e che è suscettibile di lesione da parte di un atto amministrativo comunitario. Secondo la Costituzione italiana, nel domicilio possono eseguirsi ispezioni nei soli casi e modi previsti dalla legge e per atto

(4) Art. 21.3 del reg. n. 1/03; questa norma ripete e in parte modifica un principio stabilito, con riferimento agli accertamenti nei locali aziendali, dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Hoechst* del 21 settembre 1989, C-46/87 e 227/88.

motivato dell'autorità giudiziaria (5) e contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa (6).

La norma comunitaria provvede a quella che può dirsi una nuova dislocazione dei poteri. Limita l'ambito dei poteri preventivi del giudice nazionale e deferisce a quello comunitario i poteri di controllo successivo.

Il diritto comunitario interviene, così, nel diritto amministrativo nazionale, dettando norme che riguardano l'area centrale di tale diritto, che è quella dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici e della tutela giurisdizionale dei primi nei confronti dei secondi. Interessante notare che l'irruzione comunitaria nel diritto amministrativo nazionale rende più complessi sia tali rapporti, sia la tutela giurisdizionale che li riguarda. La decisione comunitaria è eseguita con l'assistenza dell'amministrazione nazionale e sotto il controllo (limitato) del giudice nazionale, ma può essere impugnata solo dinanzi al giudice comunitario. Il diritto amministrativo diviene, così, più complesso, disponendosi su più livelli (comunitario e nazionale) e risultando dall'interazione di tali livelli.

Lo scopo di questo scritto è di accertare quali novità presenta questo diritto amministrativo multi-livello e più complicato, che chiamiamo europeo. L'analisi sarà svolta nei seguenti punti. Si cercherà dapprima di individuare meglio il diritto amministrativo europeo, finora indicato in modo generico come quello risultante dall'interazione tra i due livelli, comunitario e nazionale. Definito l'oggetto, sarà, poi, messa meglio a fuoco la questione da indagare, che è quella della peculiarità e dell'originalità del diritto amministrativo europeo. Si passeranno, successivamente, in rassegna le caratteristiche dell'organizzazione e del funzionamento del diritto amministrativo europeo, nonché i principi giuridici che lo reggono. Si tornerà, infine, alla domanda iniziale circa l'originalità del diritto amministrativo europeo, per apprezzare quanto tradizionale o originale sia la nuova costruzione.

---

(5) Artt. 14 e 13.

(6) Art. 113.

2. *Le tre componenti del diritto amministrativo europeo e i suoi rapporti con i diritti statali.*

Nel caso da cui si sono prese le mosse, la Comunità europea detta la disciplina legislativa e la attua direttamente, con una propria amministrazione (la Commissione) e proprie decisioni amministrative. Non mancano collegamenti con autorità nazionali, perché, ad esempio, queste assistono la Commissione. Tuttavia, in questo caso, normazione ed esecuzione si svolgono ambedue, in via principale, in sede comunitaria. Si produce, così, un effetto di sostituzione del diritto amministrativo comunitario a quello nazionale. Quest'ultimo diventa recessivo o residuale, mentre il suo posto è preso dal diritto amministrativo comunitario.

Diverso è il caso nel quale in sede comunitaria sono dettate norme, che non vengono eseguite lì, perché dirette agli Stati. Ad esempio, per assicurare la circolazione delle imprese, apposite direttive dispongono che gli appalti di lavori, servizi, forniture e misti vengano aggiudicati dalle amministrazioni nazionali a séguito di selezione comparativa (procedure di cosiddetta evidenza pubblica). Qui in sede comunitaria sono disposte norme che vanno seguite da amministrazioni nazionali. Dunque, a differenza dal caso precedente, vi è normazione comunitaria, amministrazione nazionale. La distinzione è ancor più evidente quando le norme comunitarie sono dirette solo alle amministrazioni nazionali (sia pur attraverso le norme statali di trasposizione delle direttive comunitarie nel diritto interno) e non si applicano, quindi, alla Comunità stessa. È quanto accade proprio per le direttive relative alla scelta dei soggetti aggiudicatari degli appalti, che vanno seguite dalle amministrazioni nazionali, non da quelle comunitarie.

Dal primo e dal secondo caso si distingue un terzo, nel quale, nell'ambito della normazione comunitaria, concorrono amministrazioni comunitaria e nazionale. Non sono, in questo caso, compositi o misti solo gli ordinamenti, ma anche, in particolare, i diritti amministrativi, che concorrono ad assicurare il controllo delle specialità medicinali, la sicurezza degli alimenti, l'assegnazione del marchio di qualità ecologica ai prodotti, ecc. In questo caso, la normazione è comunitaria, l'esecuzione è in parte comunitaria, in parte nazionale.

I tre tipi che compongono il diritto amministrativo europeo presentano confini labili, per cui vanno usati con cautela. Dei tre, il più interessante è il terzo, perché qui vengono più direttamente in contatto i due diritti amministrativi.

Definito l'oggetto, veniamo al problema. Il diritto amministrativo è figlio dello Stato. È, anzi, un prodotto della sua maturità, perché non si sviluppa se non a partire dal XIX secolo, nella Francia napoleonica e postnapoleonica. Al centro del diritto amministrativo sono il potere d'imperio e di coazione, l'azione unilaterale dell'amministrazione pubblica, il principio di specialità, che lo differenzia dal diritto generale o comune (per lo più definito diritto privato). Dunque, il diritto amministrativo è, per la sua tradizione, legato allo Stato e alla sua sovranità.

Il diritto amministrativo europeo, invece, è formato, come si è visto, di due componenti, una comunitaria e una nazionale. Di qui una serie di domande. Come influisce, innanzitutto, sul diritto amministrativo la perdita (parziale) della cerniera statale? Se il livello comunitario si impone su quello nazionale e indebolisce il rapporto — finora esclusivo — tra diritto amministrativo e Stato, qual'è la sorte dell'armamentario pubblicistico del nostro diritto?

Come interagiscono, poi, i due livelli, sia nei loro rapporti reciproci, sia in quelli più ampi che si stabiliscono, indirettamente, attraverso il livello superiore, tra quelli inferiori? Se, infatti, il diritto comunitario è comune, mentre quelli nazionali sono particolari, il primo costituisce, tuttavia, una comunicazione anche tra i secondi ed è suscettibile di produrre due effetti. Di generare una convergenza di diritti per l'innanzi differenziati. E di permettere anche ai privati o di valersi di discipline uniformi plurinazionali o di sfruttare le differenze nazionali di discipline.

Da ultimo e conclusivamente, il diritto amministrativo europeo è diverso dai diritti amministrativi statali? Se lo è, quali ne sono le peculiarità?

Qui di seguito si cercherà di cominciare a dare una risposta a qualcuna di queste domande, avvertendo che si tratta solo dell'inizio di un'analisi e che l'autore è mosso dalla preoccupazione che si versi nuovo vino in otri vecchi, perdendo, così, di vista quanto di originale e inedito vi possa essere nel diritto amministrativo, ora non più

incernierato solo sullo Stato e neppure più ancorato a un territorio, né legato a filo doppio alla potestà d'imperio.

3. *Figure dell'organizzazione.*

L'Unione europea ha un *plural executive*, perché agisce sia direttamente, sia attraverso le amministrazioni nazionali. Non ha *services extérieurs* o *déconcentrés* (7), come le amministrazioni nazionali, ma è policentrica. È multi-livello, perché ad una limitata amministrazione europea si affiancano amministrazioni nazionali operanti o nel rispetto di norme comunitarie (per esempio, nel caso degli appalti), o in collaborazione con uffici comunitari (ad esempio, nel caso della sicurezza degli alimenti), o in funzione servente di autorità comunitarie (come per le ispezioni disposte dalla Commissione per la tutela della concorrenza).

Per comprendere i molti moduli organizzativi ai quali si ricorre per assicurare questa cooperazione, occorre esaminare le figure di base, che sono principalmente due. La prima consiste nell'obbligo, disposto in sede comunitaria, per lo Stato, di individuare un ufficio al quale assegnare determinati compiti, stabiliti anch'essi dalla norma comunitaria. La seconda consiste nell'istituzione, presso la Commissione della Comunità europea, di un ufficio comunitario, ma a composizione mista, di 'rappresentanti' nazionali e della Commissione, con compiti diversi, quali informazione reciproca, consultivi, di coordinamento, ecc.

Il primo tipo o figura di base comporta la determinazione, in sede comunitaria, dell'articolazione organizzativa dell'amministrazione nazionale. Lo Stato è tenuto o a istituire un apposito ufficio o ad individuare un ufficio esistente, assegnando ad esso compiti definiti dalla Comunità: ad esempio, il regolamento (8) in materia di legislazione e sicurezza alimentare impone la presenza negli Stati membri di autorità per la sicurezza alimentare con funzioni analoghe a quelle dell'Autorità europea.

Il diritto comunitario frequentemente si spinge oltre e detta anche i criteri ai quali deve ispirarsi l'ufficio nazionale, quali l'indi-

(7) Mentre dispone di delegazioni presso Stati ed organizzazioni internazionali.
(8) Reg. n. 178/02.

pendenza, l'imparzialità, la trasparenza, l'obbligo di assicurare la partecipazione di privati, l'obbligo di collaborare con le altre autorità nazionali analoghe, ecc. Ad esempio, la direttiva sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, stabilisce che l'autorità nazionale sia dotata di « piena indipendenza » (9); anche la direttiva quadro sulle reti ed i servizi di comunicazione elettronica dispone che gli Stati membri garantiscano l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione (10). La direttiva sui dispositivi medici dispone l'obbligo delle amministrazioni nazionali di procedere con la partecipazione degli interessati (11).

L'effetto di questa figura di base è quello di assicurare alle autorità nazionali una duplice fonte normativa, quella nazionale (imposta dalla riserva relativa di legge in materia di organizzazione contenuta nell'art. 97 Cost.) e quella comunitaria. Ne consegue, per la supremazia del diritto comunitario su quello nazionale, una garanzia dell'autorità nazionale nei confronti dello stesso legislatore nazionale.

Il secondo tipo o figura di base è quello dell'organo collegiale, composto di 'rappresentanti' nazionali e della Commissione, normalmente presieduto dal rappresentante della Commissione.

Ne sono esempi, tra i tanti, il Comitato per la protezione della denominazione d'origine e delle indicazioni geografiche, istituito dall'omonimo regolamento (12); i comitati per le specialità medicinali e per i medicinali veterinari dell'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, istituiti dal regolamento per la vigilanza sui medicinali (13); il Consiglio di amministrazione dell'Ufficio di armonizzazione a livello di mercato interno per marchi, disegni e modelli, istituito dal regolamento sul marchio comunitario (14); il gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, istituito dalla direttiva già ricordata sul trattamento dei dati perso-

---

(9) Art. 28 della dir. 95/46.

(10) Art.3 della dir. n. 02/21.

(11) Dir. 93/42, art. 19; su cui *Conseil d'Etat*, decisione 29 luglio 2002, n. 224952, in *AJDA*, 9 décembre 2002, p. 1394.

(12) Reg. n. 2081/92, art. 15.

(13) Reg. n. 2309/93, art. 52.

(14) Reg. n. 40/94, artt. 2 e 111 ss.

nali (15); il Comitato permanente dei rappresentanti degli Stati, di cui alla direttiva sulla normalizzazione (16); il Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica previsto dal regolamento sull'assegnazione del marchio di qualità ecologica (17); il Foro consultivo sulla legislazione e sicurezza alimentare, istituito dall'omonimo regolamento (18); il Gruppo europeo dei regolatori per le reti e i servizi di comunicazione elettronica istituito da un'apposita decisione (19).

In molti di questi casi cambia la denominazione; mutano i tipi di 'rappresentanti' (alcune volte sono genericamente degli Stati, altre delle autorità nazionali specificamente competenti); varia l'incardinamento comunitario (alcune volte è diretto; altre indiretto, nel senso che l'ufficio collegiale appartiene a un soggetto o persona giuridica distinto dalla Commissione, ma sempre parte della Comunità). Restano, però, alcuni dati strutturali: un regolatore superiore regola i regolatori nazionali, livellando i campi di gioco o disegnandone i dislivelli; un'autorità superiore si erge a mediatore tra autorità amministrative, tuttavia richiedendo a queste ultime di collaborare nella stessa mediazione; sono istituite tante *clearing houses* di settore, con il concorso obbligatorio delle autorità di settore, ma sotto il controllo della Commissione, alla quale è affidato il compito di controllare la corretta applicazione del diritto comunitario (20).

Queste figure di base sono variamente modulate e combinate, producendo figure organizzative più complesse di cui recentemente si è cominciato lo studio e che sono state denominate, in relazione al grado di inserimento raggiunto dell'un livello nell'altro, coamministrazione, integrazione decentrata, concerto o comunione di funzioni (21).

Ma vi sono figure ancor più complesse, che combinano diversi

---

(15) Dir. n. 95/46, art. 29.

(16) Dir. n. 98/34, art. 5.

(17) Reg. n. 1980/00, art. 13.

(18) Reg. n. 178/02, art. 27.

(19) Decisione 29 luglio 2002.

(20) Così il Tribunale di prima istanza, sez. II del 30 gennaio 2002 nella sentenza *max.mobil Telekommunikation Service Gmbh* T-54/99.

(21) La rassegna più completa delle diverse figure è quella di E. CHITI - C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea - Un profilo*, Bologna, 2003.

di questi aspetti, come, ad esempio, il cosiddetto partenariato per i fondi strutturali, dove vi sono un fine e un disegno comuni definiti dalla Commissione, una direzione comunitaria e una gestione in collaborazione comunitaria-nazionale, nell'interesse nazionale (22). Ed altre figure sono in corso di sviluppo, dalle reti informali al coordinamento aperto (23).

4. *Modi di funzionamento.*

Il funzionamento di questa amministrazione duale è fondato su un complicato equilibrio tra gerarchia ed equiordinazione, *command and control* e gioco di preferenze.

Da un lato, la Commissione è posta in posizione di supremazia funzionale; dall'altro, essa deve riconoscere pari dignità agli Stati nazionali. Per un verso essa ordina, per l'altro essa consente che privati e amministrazioni nazionali sfruttino le possibilità di scelta ad essi offerte. Ad esempio, la Commissione, nell'attività di controllo della concorrenza, dipende in larga misura dalle informazioni ricevute dai settori interessati e, quindi, dà ampio ascolto ai controinteressati (24). Altro esempio: il diritto comunitario lascia che i privati scelgano il diritto più favorevole e, quindi, impedisce agli Stati di limitare tale scelta: così le società legittimamente costituite secondo le norme di un altro Stato membro possono agire in ogni altro Stato, perché il rifiuto del riconoscimento della personalità giuridica da parte di un altro ordinamento « equivale alla negazione stessa della libertà di stabilimento riconosciuta alle società dagli artt. 43 e 48 del trattato Ce » (25).

Questo modo di funzionamento non condurrebbe a nulla di diverso da quello che è stato definito *interest representation mo-*

---

(22) Reg. 1260/99 sui fondi strutturali, spec. artt. 13 ss., 34, 35 e 38, su cui, di recente, N. Bernard, *Multilevel Governance in the European Union*, The Hague, 2002, p. 99 ss.

(23) Su queste, B. Zahra, *La Commission européenne et la cooperation administrative*, in *Revue française d'administration publique*, 2001, octobre-décembre, n. 100, p. 683 ss.

(24) K. Van Miert, *Le marché*, cit., pp. 162 e 87, 101, 168.

(25) Così Corte di Giustizia sent. *Überseering* C-208/00 del 5 novembre 2002, n. 93.

del (26), che sfrutta i calcoli di convenienza e i sistemi di preferenza e mette uffici pubblici come arbitri tra gli interessi, se in questo contraddittorio non venissero catturati anche gli Stati (o i governi) nazionali. Questi giocano un ruolo importante, ad esempio, nelle procedure, informali e formali, relative alla tutela della concorrenza (27). Ciò che è dimostrato anche formalmente dalla circostanza che alle audizioni della Commissione partecipano, oltre ai rappresentanti delle imprese a cui carico è aperta la procedura e ai rappresentanti delle imprese denuncianti, i rappresentanti degli Stati membri.

Dunque, nei confronti della Commissione, gli Stati (o, meglio, i governi) nazionali si pongono in modo duplice, perché, da un lato, sono chiamati a collaborare, dall'altro, sono spinti a concorrere. Nel primo ruolo, sono assimilati a un potere pubblico, nel secondo sono assimilati ai privati e agiscono in coalizioni di interessi di regolati.

Queste ambiguità si riflettono, in particolare, nei procedimenti amministrativi compositi, retti dal diritto comunitario, ma in parte comunitari, in parte nazionali.

Sono compositi i procedimenti nei quali, in forme diverse, concorrono la Commissione e le amministrazioni nazionali, con esclusione, quindi, di quelli dove gli Stati sono coinvolti come meri destinatari dell'azione comunitaria, come nel caso dei provvedimenti comunitari in materia di aiuti statali alle imprese (28).

Si distinguono dai procedimenti compositi anche quei procedimenti ai quali i due livelli, comunitario e nazionale, non concorrono, ma che si innestano, unendosi per poi dividersi. Ad esempio, per la registrazione del marchio comunitario, la domanda può essere presentata o all'Ufficio comunitario, o a quello nazionale, che la riceve e l'inoltra a quello comunitario e può al più decidere di effettuare la

---

(26) Su questo R.B. STEWART, *Administrative Law in the 21st Century*, in "New York Univ. Law Rev.", vol. 78, n. 2, May 2003, p. 437 (tr. it. *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 2004, n. 1, p. 1. Dello stesso autore, si vedano anche *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975 (88), june, n. 8, p. 1669 ss. e *Madison's Nightmare*, in *Univ. of Chicago Law Review*, 1990 (57), spring, n. 2, p. 335 ss.

(27) Si veda la testimonianza di K. VAN MIERT, *Le marché*, cit., p. 109 ss., 194, 205, 213, 224.

(28) Reg. n. 659/99, sull'applicazione dell'art. 93 trattato Ce.

ricerca di marchio anteriore nei propri registri. Ma la procedura contenziosa, minutamente regolata, e la registrazione avvengono in sede comunitaria. L'inverso accade per la trasformazione di un marchio comunitario in nazionale, presentata all'ufficio comunitario, che provvede al trasferimento all'autorità nazionale (29).

I procedimenti propriamente compositi si possono dividere in tre categorie. Nella prima, l'azione procede dall'alto, nel senso che gli uffici comunitari (30) stabiliscono criteri, che poi gli uffici nazionali seguono, sotto controllo comunitario. Nella seconda, l'azione procede dal basso, perché la prima parte della procedura si svolge dinanzi agli uffici nazionali, salvo concludersi in sede comunitaria. Nella terza si sommano, in certo senso, elementi della prima e della seconda categoria, perché il procedimento viene diviso in due fasi: nella prima, organo decidente è l'amministrazione nazionale, mentre quella comunitaria svolge il ruolo di organo interveniente; nella seconda le parti si invertono, perché la Commissione diviene organo decidente, mentre le amministrazioni nazionali svolgono il ruolo di interventori.

Due esempi della prima categoria sono il procedimento per l'assegnazione di premi, rimborsi e aiuti nel settore degli zuccheri (31) e quello per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica (Ecolabel) (32). In tali casi, in sede comunitaria sono determinati criteri e direttive; l'autorità nazionale procede all'attuazione, rispettando i criteri stabiliti. La divisione del lavoro è nel senso che l'ufficio comunitario svolge l'attività amministrativa generale, quello nazionale l'attività amministrativa individuale.

Per la registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari (ad eccezione dei vini), invece, si procede dal basso. La domanda è presentata all'amministrazione nazionale, che ne fa un primo esame. Se la ritiene giustificata, la trasmette alla Commissione, che la verifica. Se conclude che ha i requisiti per l'ottenimento dell'indicazione o

---

(29) Reg. n. 40/94.

(30) In alcuni casi, sulla base di proposte o di pareri di comitati misti, come quelli prima indicati.

(31) Reg. n. 1998/78 e 2038/99.

(32) Reg. n. 1980/00.

denominazione, pubblica la domanda. A séguito della pubblicazione, possono proporre opposizione gli Stati (alla Commissione) o privati (agli Stati). Sull'opposizione decidono gli Stati mediante accordo, oppure, in caso di disaccordo degli Stati, decide la Commissione su parere del Comitato di cui si è detto sopra. Se il Comitato non dà il parere, decide il Consiglio su proposta della Commissione. Se la Commissione conclude, invece, che la domanda non ha i requisiti prescritti, decide di non procedere alla pubblicazione, sempre previo parere del Comitato. Anche in questo caso, in assenza del parere del Comitato, la decisione è rimessa al Consiglio, su proposta della Commissione (33).

Un esempio della terza categoria è il procedimento di autorizzazione all'immissione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati. In tal caso, la domanda (detta notifica) è rivolta all'autorità nazionale, che — verificata la sua completezza — la trasmette alla Commissione e agli altri Stati e la respinge oppure dà parere favorevole, inviando tali valutazioni alla Commissione e agli Stati membri, che possono presentare osservazioni o obiezioni, superabili mediante accordo. Se questo fallisce, la Commissione fa una proposta. Se questa non è accolta, decide la Commissione con il parere favorevole del Comitato misto di settore. In assenza di tale parere o se questo è contrario alla proposta della Commissione, decide il Consiglio, sempre su proposta della Commissione. In mancanza di una decisione del Consiglio, la competenza a decidere ritorna alla Commissione. L'autorizzazione, alla fine, è rilasciata dall'amministrazione nazionale, che ne informa la Commissione e gli Stati membri (34).

Si noti, nelle ultime procedure, la doppia presenza dei governi nazionali, una volta come oppositori, un'altra come autori degli accordi e membri del Comitato e del Consiglio.

Questo esame mostra le seguenti caratteristiche del funzionamento del sistema multi-livello: il modello procedimentale è dettato dal diritto comunitario; nel procedimento intervengono in eguale misura, e con ruoli analoghi, privati e amministrazioni nazionali (35);

---

(33) Reg. n. 2081/92.

(34) Dir. n. 2001/18 e decisione n. 99/468 del Consiglio.

(35) Questa posizione dell'amministrazione nazionale come (privato) destinatario

queste ultime, però, giocano un doppio ruolo, di parti e di amministratori, sdoppiandosi; infine, il decisore di ultima istanza è (ma non sempre) il Consiglio e cioè la comunità dei governi.

Il tema più difficile è, tuttavia, proprio quello del potere di decisione. Le norme comunitarie non sempre indicano con precisione a quale autorità esso spetti, e prevedono quasi sempre, invece, un intervento 'corale' dei governi, di autorità amministrative nazionali, di organi misti, composti di rappresentanti nazionali ma operanti a Bruxelles, e della Commissione (con il Consiglio — come notato — decisore di ultima istanza). Ciò produce non pochi problemi relativi alla giurisdizione, non essendo chiaro a quale organo vada imputata la decisione e, quindi, quale atto debba essere impugnato (36).

Anche quando non vi sono procedimenti compositi, a metà comunitari e a metà nazionali, il diritto comunitario applica l'*interest representation model*. Ad esempio, nel settore delle norme e regolamentazioni tecniche, il diritto comunitario prevede che gli Stati membri prendano tutte le misure idonee a rendere pubblici i

---

dell'atto comunitario è particolarmente evidente nei procedimenti concernenti gli aiuti di Stato e si evince molto chiaramente dalla sentenza della Corte di Giustizia 15 gennaio 1986 Commissione contro Regno del Belgio C-52/84: « il fatto che lo Stato membro destinatario possa eccepire, contro un ricorso come quello di specie, unicamente l'assoluta impossibilità di esecuzione, non impedisce allo Stato membro il quale, nell'eseguire una simile decisione, incontri difficoltà impreviste ed imprevedibili o si renda conto di conseguenze non considerate dalla Commissione, di sottoporre tali problemi alla valutazione di questa, proponendo appropriate modifiche della decisione stessa. In tal caso la Commissione e lo Stato membro, in forza della norma che impone agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie doveri reciproci di leale collaborazione, norma che informa soprattutto l'art. 5 del Trattato, devono collaborare in buona fede per superare le difficoltà nel pieno rispetto delle norme del Trattato e soprattutto di quelle relative agli aiuti. Ebbene, nel caso specifico, nessuna delle difficoltà del governo belga ha tale natura, né il governo ha proposto alla Commissione l'adozione di altri provvedimenti appropriati, limitandosi invece a contestare, tramite il rappresentante permanente belga e dopo la scadenza del termine stabilito per l'esecuzione, l'esattezza della motivazione della decisione, ad eccepire l'impossibilità di sopprimere la partecipazione a causa della normativa belga ed a chiedere alla Commissione di precisare che cosa essa intendesse con l'espressione 'soppressione della sovvenzione'. Un atteggiamento del genere non può essere considerato conforme al dovere di collaborazione sopra indicato ».

(36) Basti citare Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1992, *Borelli*, C-97/91.

progetti di norme in modo da consentire la presentazione di osservazioni di soggetti di altri Stati membri e la partecipazione di altri organismi di normalizzazione, di altri Stati membri (37). Nel settore della sicurezza alimentare, il diritto comunitario dispone che i cittadini siano consultati in maniera aperta e trasparente, direttamente o attraverso organi rappresentativi, nel corso dell'elaborazione, della valutazione e della revisione della legislazione alimentare, a meno che l'urgenza non lo permetta (38). Per le comunicazioni elettroniche, le direttive comunitarie del 2002 dispongono che gli Stati membri provvedano affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione delle direttive stesse che abbiano un impatto rilevante sul mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure in un tempo ragionevole (39).

Dunque, anche quando dispone circa le procedure da seguire dai diritti nazionali, il diritto comunitario impone un modello di regolazione fondato sulla partecipazione degli interessi, in modo da assicurare decisioni fondate sulla conoscenza dei fatti e su un ragionevole e motivato equilibrio degli interessi. Inoltre, anche in questo caso gli interessi riconosciuti non sono solo quelli dei cittadini e delle imprese sottoposte alla regolazione nazionale, ma anche quelli delle autorità e dei cittadini di altri paesi (40).

5. *Principi.*

Non meno complesso dell'organizzazione e del funzionamento è l'assetto dei principi giuridici che reggono il diritto amministrativo

(37) Dir. n. 98/34 e 98/48, art. 4.

(38) Reg. n. 178/02, art. 9.

(39) Dir. n. 02/2 1, art. 6.

(40) Sull'uso del *procedural law* come strumento comunitario per influenzare i diritti nazionali, K.-H. LADEUR, *Conflict and Cooperation between European Law and the General Administrative Law of the Member States*, in *The Europeanisation of Administrative Law - Transforming National Decisionmaking Procedures* ed. by K.-H. Ladeur, Aldershot, 2002, p. 3 ss. (questo autore, però, confonde l'analisi delle norme con l'auspicio che, operando attraverso procedure imposte, il diritto comunitario rispetti l'integrità e la molteplicità dei sistemi amministrativi nazionali, come se la disciplina delle procedure fosse neutrale e come se l'analisi scientifica potesse essere fatta anche su base ottativa).

europeo. Questo è composto di quattro corpi normativi distinti, pur se comunicanti. Il primo è il corpo delle disposizioni costituzionali, amministrative e di formazione giurisprudenziale di fonte comunitaria, relative all'amministrazione comunitaria. Il secondo è il corpo delle disposizioni di tipo analogo, ma di fonte nazionale e relative all'amministrazione nazionale. Il terzo è il corpo delle norme comunitarie relative all'amministrazione nazionale. Il quarto è il corpo delle norme e principi degli Stati riconosciuti dalla Comunità e da questa applicati alla propria amministrazione.

Dei principi di questi quattro corpi normativi si fa solo qualche esempio, perché un'analisi esaustiva richiederebbe un trattato.

Del primo gruppo fanno parte l'obbligo di imparzialità, il diritto di partecipazione e quello di accesso, l'obbligo di motivazione degli atti e quello di risarcimento dei danni e il diritto di difesa stabiliti dagli artt. 41, 42 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie assicurato da un apposito regolamento (41). L'obbligo di fondare gli interventi dei poteri comunitari nella sfera privata sulla legge e di giustificarli con i motivi contemplati dalla legge, nonché quelli di procedere ad un esame diligente ed imparziale degli atti istruttori, di ascoltare gli interessati e di motivare le decisioni (42).

Il secondo gruppo contiene tutti i principi ben noti dello Stato di diritto, di legalità, di articolazione procedimentale, di intervento nel procedimento, di trasparenza, di motivazione degli atti, di tutela giurisdizionale, ecc.

Più interessanti i principi che il diritto comunitario impone a quelli nazionali e quelli che esso trae dai diritti nazionali per imporli a sé stesso. Bastino due esempi. La direttiva sulle comunicazioni elettroniche dispone l'obbligo degli Stati di assicurare una procedura di *notice and comment*, l'obbligo di pubblicazione delle deci-

(41) N. 1049/01.

(42) Su questi obblighi, il caso *Hoechst* del 1989 cit., e la decisione *max.mobil Telekommunikation Service Gmbh* del Tribunale di primo grado T-54/99 cit. I principi del diritto comunitario sono utilizzati come canoni per l'applicazione del diritto comunitario, anche quando la limitino (ampliando, così, l'ambito di azione degli Stati), come nel caso dell'art. 14 del Reg. n. 659/99, in base al quale « [l]a Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario ».

sioni e la loro impugnabilità (43). Il regolamento sul marchio comunitario dispone che l'ufficio comunitario « prende in considerazione i principi di diritto processuale generalmente riconosciuti negli Stati » (44).

L'assetto che deriva dai quattro corpi normativi è singolare. Quanto alla fonte, i diritti amministrativi statali contribuiscono alla formazione di principi del diritto amministrativo comunitario, mentre, nel senso opposto, quest'ultimo detta principi che vanno rispettati dai diritti amministrativi nazionali. Però, alla base, ciascuna delle due componenti, quella comunitaria e quella nazionale, detta i principi per se stessa (45).

La tutela dei cittadini resta, quindi, imperfetta. Per cui c'è da sperare solo nella commistione o nel contagio, facilitato dai fattori di comunicazione, quale quello dell'applicazione dei principi comunitari alle amministrazioni nazionali, quando queste agiscono in funzione comunitaria.

6. *Che cosa c'è di nuovo nel diritto amministrativo europeo?*

Il fenomeno più importante della storia bicentenaria del diritto amministrativo è lo sviluppo, nell'ultimo quarto di secolo, di un diritto amministrativo che è solo in parte statale, mentre per l'altra parte fa capo ad un'entità sovranazionale non statale. Ma ciò comporta un mutamento di rotta nella vicenda del diritto amministrativo? Questo, immesso in un contesto in parte diverso, incernierato a metà sullo Stato, a metà sull'Unione, è diverso dal diritto amministrativo statale, nel senso di presentare istituti nuovi?

La risposta a questa domanda è negativa. E il motivo di tale risposta è semplice: lo Stato, già dagli inizi del XX secolo, ha subìto un fenomeno di pluralizzazione interna, di cui sono segni evidenti enti pubblici, regioni, autorità indipendenti. Dunque, i poteri pub-

(43) Dir. n. 20/02, artt. 6, 5 e 4.

(44) Reg. n. 40/94, art. 79.

(45) E non sempre per tutta la propria amministrazione, come accade per il diritto di accesso ai documenti amministrativi, che non si applica agli atti delle agenzie comunitarie (si veda, peraltro, la dichiarazione comune del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, con la quale si conviene che le agenzie debbano avere disposizioni sull'accesso conformi a quelle del regolamento n. 1049/01).

blici sono stati disposti su più livelli; alla precedente uniformità si è sostituita la difformità normativa e amministrativa, all'ordinamento unitario si è sostituito quello composito, disposto su due livelli, uno comune, uno differenziato. Di conseguenza, si è dovuto far ricorso a tutto lo strumentario delle forme, strutturali e funzionali, di composizione e di collaborazione. Ne discende che i tratti principali del diritto amministrativo europeo non sono nuovi, perché lì non si trova nulla di diverso dall'armamentario interno, dal federalismo cooperativo a quello associativo, ai servizi nazionali, ai procedimenti misti. In altre parole, alle stesse premesse strutturali (pluralizzazione, interna ed esterna) si fa fronte con gli stessi strumenti giuridici. Possono cambiare le specie, ma i generi sono eguali.

Se, dunque, per questo verso, il diritto amministrativo europeo non ha modificato la direzione che avevano preso i diritti amministrativi nazionali, per altro verso, nel diritto amministrativo europeo c'è una componente nuova, estranea alla tradizione europea, anche se nota a quella statunitense. Si tratta dello sviluppo — di cui abbiamo visto molti segni — dell'*interest representation model*: opposizioni, obiezioni, consultazioni, sono al cuore del funzionamento corale del diritto amministrativo europeo.

Lo sviluppo di questo modello neocorporativo produce un paradosso: il livello superiore e comune di amministrazione, creato dagli Stati nazionali e dalle loro amministrazioni, a loro volta conformate sui modelli dell'amministrazione compatta e del *command and control*, si allontana da tali modelli, abbandona il criterio della (relativa) chiusura, sceglie quello della partecipazione plurale.

Perché questo mutamento di rotta? Probabilmente perché gli strumenti tradizionali di legittimazione (controllo parlamentare e responsabilità ministeriale) erano deboli nell'area europea, e bisognava supplire con altri: di qui lo sviluppo della funzione normativa del giudice comunitario e dell'*interest representation model*.

A sua volta, l'*interest representation model* o modello neocorporativo non si presenta, nel diritto amministrativo europeo, nello stesso modo che negli Stati Uniti d'America, perché da noi gli interessi da rappresentare e rappresentati sono anche quelli statali e governativi. Donde il fenomeno altrove chiamato « arena pubblica », perché governi e privati concorrono con eguale titolo (ma non alla pari, come si è visto) nello sfruttare i dislivelli di regolazione

e nel presentare e far valere i propri interessi. Con la conseguenza di livellare Stati e privati. Ciò rappresenta il maggior contributo della costruzione europea alla diminuzione del ruolo degli Stati nazionali.

Avrebbe tutto ciò potuto accadere senza lo sviluppo di un diritto amministrativo europeo? Certamente no, perché solo questo poteva offrire rotismi tanto complicati da catturare gli Stati e tenerveli prigionieri.

Gli Stati (o governi nazionali), però, svolgono, in questo modello, un duplice ruolo: sono oppositori, ma anche (pur se non sempre) decisori di ultima istanza. Come oppositori, sono alla pari con i privati. Come decisori, se ne differenziano.

Ciò viola la regola di diritto secondo la quale non si può essere giudici in una causa propria. Ma la violazione è attenuata dalla circostanza che gli Stati debbono agire o mediante accordi, o in forma collegiale con decisione unanime o con maggioranze qualificate. In tal modo è temperato il peso degli interessi dello Stato interventore.

D'altra parte, l'ambiguità che discende dal duplice ruolo degli Stati costituisce anche un forte incentivo alla coesione, come una sorta di forza centripeta.

Dunque, sotto l'apparente somiglianza con i diritti amministrativi statali, vi è un tratto originale del diritto amministrativo europeo. Questo è costituito dall'adozione, nell'area europea, dell'*interest representation model* e dalla sua utilizzazione anche nei riguardi degli Stati. Questi ultimi, catturati nel dialogo e nel contraddittorio, sono, però, sia pur parzialmente, ridotti al rango di centri di cura di interessi privati.

Non costituisce, invece, un elemento distintivo del diritto amministrativo europeo l'essere esso multi-livello. Questo, infatti, è un tratto che si riscontra anche nei diritti amministrativi nazionali, quale conseguenza della pluralizzazione dei poteri pubblici, che tendono a disporsi su più livelli (Stato, regioni, province, comuni). Mentre, nell'area europea, questo elemento strutturale iniziale è spesso superato dalle forme di cooperazione, principali delle quali gli organi misti e le procedure composite.

Si può, quindi, continuare ad usare l'espressione multi-livello, per indicare la presenza di una sede comunitaria e di una nazionale, all'interno del diritto amministrativo europeo. Ma a condizione di

riconoscere che essa è impropria, in quanto descrittiva di uno stato iniziale, superato (nel diritto amministrativo, anche se non nel diritto costituzionale) dalle molte figure di composizione.

Infine, nel diritto amministrativo europeo è presente un ulteriore elemento, quello dell'autorità. Neanche esso è originale, perché costituisce la base stessa su cui si erge il diritto amministrativo statale. Ma per alcuni, secondo l'originaria costituzione europea, per cui la Comunità « fa fare », tratto caratteristico e differenziale del diritto amministrativo europeo sarebbe l'assenza dell'elemento autoritativo. Questo, invece, è presente anche nel diritto amministrativo europeo, come dimostrato dall'esempio iniziale di questo scritto.

Tuttavia, l'elemento autoritativo non è al centro del diritto amministrativo europeo, che si avvale, in prevalenza, della formula che si è chiamata « arena pubblica » (sfruttamento dei dislivelli di regolazione e dei differenziali di interessi) per assicurarsi il consenso dei destinatari della propria azione. Neppure in questo senso, però, vi è differenza tra i due diritti amministrativi, quello europeo e quello statale, perché anche in quest'ultimo la figura dell'autorità è recessiva.

Bibliografia

1. Sulla materia trattata, fondamentali M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999 (2ª ed. in versione spagnola, 2002), e *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti - G. Greco, Milano, 1997, 3 voll., dove, in particolare, i contributi di M.P. CHITI su *L'organizzazione amministrativa* (I, 167 ss.), di G. DELLA CANANEA su *I procedimenti amministrativi della Comunità europea* (I, 225 ss.) e di G. GRECO su *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani* (I, 555 ss.).

2. Sull'amministrazione comunitaria diretta il contributo più recente e completo è quello di A. STEVENS - H. STEVENS, *Brussels Bureaucrats? The Administration of the European Union*, New York, 2001.

3. Sul fenomeno dell'« arena pubblica » e sugli sviluppi recenti del diritto comunitario, S. CASSESE, *L'arena pubblica*, ora in S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002 e S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 291 ss.

4. Sulla decisione *Überseering*, M. GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'Unione europea: un nuovo « caso Delaware »?*, in *G.d.a.*, 2003, n. 2, 133.

5. Sui principi del diritto amministrativo comunitario, G. DELLA CANANEA, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *European Public Law*, 2003, vol. 9, n. 4, p. 563.

6. Sui principi dei procedimenti amministrativi comunitari, H.P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999 (che, però, considera solo i principi di buona amministrazione, di accesso, di audizione degli interessati e di diligenza, e fonda la sua analisi principalmente, quando non esclusivamente, sulla giurisprudenza, trascurando le norme in materia di procedimento).

7. Sul procedimento dinanzi alla Commissione in relazione alle infrazioni delle norme sulla concorrenza, S. MICOSSI, *Due Process in EU Competition Policy*, in *The Forum for UE-US Legal Economic Affairs*, the Mentor Group, 11-14 settembre 2002.

8. La tradizionale critica della confusione tra *legal process* e *political process* in C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, in *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, January, n. 1, 1 ss.

9. Interessanti osservazioni sull'*European Regulatory State* in M. MORAN, *Review Article: Understanding the Regulatory State*, in *British Journal of Political Science*, 2002, n. 32, 402-404.

DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO E DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE: SIGNORIA O INTEGRAZIONE? (*)

1. Una falsa distinzione e una alternativa semplificatrice. — 2. I modi del collegamento: modello unico e pluralità di modelli. — 3. I modi del collegamento organizzativo. — 4. I modi del collegamento procedurale. — 5. I modi del collegamento tra amministrazioni nazionali. — 6. Variabili indipendenti? — 7. E integrazione? — Bibliografia.

1. *Una falsa distinzione e una alternativa semplificatrice.*

Comincerò discutendo il titolo stesso di questa relazione: diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione? A rigore, la prima è una falsa distinzione e la seconda è una alternativa semplificatrice. Nel mettere in discussione l'una o l'altra parte del titolo, fisserò meglio i problemi che vorrei discutere.

È una falsa distinzione la prima, perché il diritto amministrativo europeo include — ma non completamente — i diritti amministrativi nazionali. Questi fanno parte del primo, perché sono ad esso cuciti. Si pone, quindi, il problema del modo in cui l'uno e gli altri sono legati. È lo stesso problema del diritto medioevale, così illustrato da Francesco Calasso: « Questa molteplicità di fonti dello *jus proprium*, che corrispondeva alla pluralità degli ordinamenti giuridici viventi nell'orbita dell'ordinamento universale, pose precocemente alla vita e alla scienza un arduo problema: quello dei rapporti reciproci tra le norme dello *jus proprium* e le norme dello *jus*

(*) Relazione alla Giornata di Studi su « Diritto amministrativo e integrazione europea » organizzata dall'Università degli Studi di Firenze - Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo - Commissione Europea - Azione Jean Monnet, Firenze, 5 dicembre 2003.

commune... ». « La soluzione di questo problema è al centro di questa nostra storia, e ne è pure la chiave di volta » (1).

È una alternativa semplificatrice la seconda, in quanto presenta come binario un sistema più complesso di cooperazione, nascondendo dietro l'endiadi una pluralità di modi di collegamento.

È lo stesso problema affrontato per il diritto medioevale da Francesco Calasso. Questi, nel trattare della graduazione delle diverse norme concorrenti, illustrava la graduatoria più frequente (statuti, consuetudine, diritto comune), ma, poi, individuava tipi diversi, deviazioni e formule alternative, come quella delle monarchie, dove il diritto statutario era subordinato alla legislazione regia e quest'ultima, a sua volta, subordinata al diritto comune (2).

Prima di continuare, faccio un'avvertenza. Chi si inoltri in questa problematica, deve abbandonare la concezione gerarchica degli ordini giuridici e dimenticare l'idea di una stratificazione di livelli: i legamenti tra le diverse parti sono irregolari.

2. *I modi del collegamento: modello unico e pluralità di modelli.*

Oggetto di questa analisi sono l'interazione tra sistema comune e sistemi nazionali, nonché le interazioni conseguenti, prodotte dalla prima, tra sistemi nazionali. Ma non si considerano qui i sistemi giuridici nel loro insieme, bensì solo le parti che riguardano l'amministrazione. Quindi, i sistemi amministrativi.

Questa delimitazione del campo è cruciale, perché mentre i modi di collegamento tra apparati legislativi e quelli tra ordini giudiziari sono ispirati a un modello unico, quelli tra sistemi amministrativi non sono definiti una volta per tutte.

La supremazia del diritto comunitario è definita in modi unitari: diretta applicazione dei regolamenti; obbligo di trasposizione delle direttive comunitarie; potere di giudici ed autorità amministrative nazionali di disapplicare norme nazionali in contrasto con quelle comunitarie; controllo della Commissione europea e della Corte di giustizia delle Comunità europee sul rispetto della gerarchia delle norme.

---

(1) F. Calasso, *Medioevo del diritto - I. Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 453.

(2) F. Calasso, *op. cit.*, p. 453.

Anche i modi di collegamento tra ordini giudiziari sono determinati una volta per tutte: controllo, da parte dei giudici nazionali, del rispetto del diritto comunitario; vincolo dei giudici nazionali al rispetto dell'interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di giustizia delle Comunità europee.

Ma quello che si può predicare per i modi di collegamento tra norme e tra giudici, non si può predicare per i modi di collegamento tra esecutivi. I padri costituenti non potevano spingersi troppo avanti, nel definire i rapporti tra gli esecutivi ai due livelli, perché non sapevano (e non volevano) definire il potere esecutivo della Comunità. Infatti, da un lato, si cullarono nell'idea che la Comunità fosse organismo di decisione, non di esecuzione, e potesse rimettere l'esecuzione agli Stati, che così conservavano l'ultima parola; dall'altro, non assegnarono in maniera definitiva il limitato potere esecutivo della Comunità ad un organo, lasciando aperta la strada ad uno sviluppo della Commissione o del Consiglio in questo campo. In questa incertezza, era difficile consolidare un modello di collegamento tra livello comune e livelli nazionali. In assenza di ciò, si lasciò la porta aperta a una pluralità di soluzioni.

È, quindi, un errore pensare che i modi di collegamento tra i due organismi (in senso verticale) e tra i diversi organismi nazionali (in senso orizzontale) abbiano uno sviluppo unitario e che l'Unione europea abbia marciato come un esercito, avanzando in maniera uniforme. E accaduto il contrario, e la forza dell'Unione è stata proprio nella sua adattabilità.

Dunque, la legislazione comunitaria e quella nazionale e i sistemi giudiziari comunitario e nazionale sono collegati tra di loro in modi determinati una volta per tutte dai trattati, e unitari. Invece, i sistemi amministrativi comunitario e nazionale sono collegati in modi differenziati, indicati volta per volta, settore per settore, dalle singole norme di diritto derivato.

3. *I modi del collegamento organizzativo.*

Per esaminare i modi del collegamento tra amministrazioni, bisogna addentrarsi in un mondo irto di differenze e contraddizioni.

Il compito sarà più facile se si distinguono tre aspetti: quello strettamente organizzativo, quello procedurale e quello relativo ai

rapporti che i collegamenti verticali producono in senso orizzontale, tra procedimenti amministrativi nazionali.

Comincio dall'organizzazione. Il tipo originario è quello dell'amministrazione di missione in sede comunitaria. Dunque, l'amministrazione di gestione è solo in sede nazionale. Unico compito degli apparati di Bruxelles è quello di assistere Commissione e Consiglio nell'attività di decisione (legislativa). Si applica — ma in modo diverso da quello solito — la teoria dello schermo legislativo: l'amministrazione nazionale opera in funzione comunitaria, ma eseguendo norme riconosciute come nazionali o trasposte nell'ordinamento nazionale da norme statali.

Lo schermo legislativo è rotto dal tipo, presto affermatosi, dell'amministrazione comunitaria di direzione e di vigilanza su amministrazioni nazionali operanti in funzione di compiti comunitari (così nel settore agricolo).

Questo secondo tipo è presto affiancato dal tipo caratterizzato dalla comunione di funzioni tra organismi comunitari e organismi nazionali, ma nel quale i primi svolgono anche compiti di gestione (così nel settore della sicurezza alimentare).

Un quarto tipo è quello nel quale la bilancia è spostata a favore del livello comunitario, con partecipazione strumentale statale, ma con distribuzione degli apparati comunitari sui territori nazionali (è il caso delle agenzie comunitarie).

L'ultimo tipo è quello che può dirsi ricostruito dal basso. L'organizzazione è nazionale, ma opera secondo criteri dettati in sede comunitaria. E i vertici degli organismi nazionali sono riuniti in sede comunitaria, in « gruppi », « fori », « comitati ».

4. *I modi del collegamento procedurale.*

Ancora più complessi sono i collegamenti tra moduli procedimentali nazionali e comunitari. Qui persino la tipologia è difficile, perché i raccordi sembrano tanti quanti sono i procedimenti dove sono presenti elementi comuni. Ciò nonostante, si tenta una tipologia, graduando i moduli principali da quelli in cui è dominante il livello statale a quelli in cui è dominante il livello comunitario.

Il primo tipo è quello in cui la norma comunitaria detta solo la disciplina procedurale, ma il procedimento è strettamente nazionale.

A rigore, questo tipo è estraneo ai modi di collegamento procedurale, perché qui il raccordo è tra norma comunitaria e procedimento nazionale.

Più interessante il secondo tipo, nel quale, nell'ambito di una norma comunitaria, la Commissione o altro organismo comunitario stabilisce, in via amministrativa, i criteri che saranno, poi, seguiti nel corso del procedimento, che si svolgerà dinanzi ad autorità nazionali (ad esempio, procedimento per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica, regolato dal regolamento CE n. 1980/2000).

Un terzo tipo di procedimento è quello in cui l'istruttoria è compiuta sia in sede nazionale, sia in sede comunitaria, mentre la decisione viene presa in sede comunitaria (ad esempio, procedure per la protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari, regolate dal reg. Ce n. 2081/1992).

Un quarto tipo è quello in cui non solo l'istruzione, bensì anche la decisione è presa in collaborazione tra i due livelli di governo (ad esempio, procedure per l'immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, regolate dalla direttiva CE n. 2001/18).

Un quinto tipo è quello, molto diffuso, in cui c'è una chiara divisione dei compiti: l'istruttoria è nazionale, la decisione comunitaria.

Un sesto tipo è quello in cui tutto il procedimento è comunitario; ma, per l'esecuzione di atti strumentali, la Commissione si vale dell'assistenza dell'amministrazione nazionale (così in materia di concorrenza, in base all'art. 20 del regolamento CE n. 1/2003).

Un settimo tipo è quello in cui l'attivazione del procedimento amministrativo comunitario fa interrompere quello nazionale (ad esempio, art. 11 del regolamento CE n. 1/2003, in materia di concorrenza, per cui l'avvio del procedimento, da parte della Commissione, priva l'autorità nazionale della competenza a procedere).

5. *I modi del collegamento tra amministrazioni nazionali.*

Mentre i raccordi tra sistemi legislativi e giudiziari sono esclusivamente verticali, perché riguardano ciascun ordinamento nazionale e quello comunitario (pur potendo avere conseguenze di fatto per quelli tra ordinamenti nazionali, di tipo orizzontale), i raccordi

tra sistemi amministrativi hanno anche effetti, giuridicamente regolati, di tipo orizzontale.

Questi effetti consistono nell'apertura laterale degli ordinamenti, che consente a tutte le amministrazioni nazionali di intervenire, in base al diritto comunitario, o nella fase istruttoria o nella fase decisoria del procedimento di un'altra amministrazione nazionale (due interessanti esempi sono quelli dei procedimenti di controllo dell'importazione di prodotti e tecnologie a duplice uso, civile e militare, disciplinati dal regolamento CE n. 1334/2000 e dei procedimenti per il controllo dell'immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, in base alla direttiva CE n. 2001/18).

In questi casi, diverso è l'intervento di altra amministrazione nell'istruttoria di procedimento che si svolge dinanzi ad amministrazione di altro Stato dall'intervento nella decisione di procedimento di altra amministrazione statale. Nel primo caso, infatti, l'amministrazione nazionale agisce quale portatrice di interessi di parte, come un privato. Nel secondo, invece, opera come organo imparziale di decisione.

Più radicale la conseguenza, indotta dalle norme, del mutuo riconoscimento. Qui il procedimento svolto dinanzi ad un'amministrazione nazionale viene a sostituirsi a quello che potrebbe svolgersi dinanzi ad altra amministrazione. E ciò su semplice domanda dell'interessato.

6. *Variabili indipendenti?*

Questi diversi assetti amministrativi, organizzativi e procedurali, si contrappongono ai modelli unitari prescelti per la normazione e la giurisdizione.

Ma la loro scelta è casuale o è, invece, in funzione di determinati fattori, quali, ad esempio, la distribuzione dei compiti tra sede comunitaria e sede nazionale e l'equilibrio degli interessi nel settore specifico?

La rapida tassonomia presentata è il frutto di indagini preliminari. Occorrono più vaste e complete ricerche per rispondere a questa domanda. Le provvisorie conclusioni alle quali si può, per ora, giungere sono le seguenti: l'assetto dei collegamenti è accentuatamente « *sector specific* », tanto da far dubitare della stessa corret-

tezza di una ricostruzione tipologica; la collaborazione tra i due livelli è in funzione delle difficoltà del controllo statale di fenomeni ultrastatali; la cooperazione orizzontale aumenta con l'aumentare del bisogno nazionale di tenere sotto controllo collettivo il comportamento di ogni singola amministrazione nazionale.

7. *E integrazione?*

Definire integrazione questo mondo variegato di raccordi in senso verticale e in senso orizzontale, rappresenta certamente una forzatura, sia perché i collegamenti sono di tipi diversi, sia perché non tutti corrispondono al modulo dell'integrazione. Taluni, anzi, vi si contrappongono, nel senso di rafforzare forme dirette di cooperazione orizzontale, tra amministrazioni nazionali.

L'unico elemento comune sembrerebbe quello di una supremazia comunitaria. Ma si può dire presente anche nelle forme di cooperazione tra amministrazioni nazionali, in cui la supremazia si afferma solo con la disciplina legislativa, mentre la decisione amministrativa è rimessa al dialogo tra gli apparati amministrativi nazionali?

La difficoltà di definire integrazione quella amministrativa mi ha indotto ad adoperare termini generali, come collegamento e raccordo (o forse si dovrebbe parlare di cuciture e rammendi?).

Tra le forme di collegamento, particolarmente interessanti sono gli organismi e le procedure compositi, che stanno prendendo piede e si stanno configurando sempre più come i tipi suscettibili di maggiore sviluppo.

Bibliografia

Questo scritto fa parte di una riflessione avviata da alcuni anni sul diritto amministrativo europeo. Per intenderlo, vanno considerati i miei scritti che l'hanno preceduto e che qui, per tale motivo, elenco: *Theoretical Sketch of the comparative and multidimensional Nature of Community Bureaucracy*, in J. JAMAR-W. WESSEL, « Community Bureaucracy at the Crossroad », Bruges, 1985, p. 39. *Die Beziehungen zwischen den internationalen Organisationen und den nationalen Verwaltungen*, in *Aspekte der internationalen Verwaltung*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, p. 37. *Divided powers: European Administration and National Bureaucracies*, in *The European Administration*, a cura di S. CASSESE, I.I.S.A.,

Bruxelles, 1987, p. 5. *Le tendenze recenti della riforma amministrativa nei paesi europei*, in « Il Mulino », 1989, n. 4, p. 661. *Lineamenti di diritto amministrativo europeo*, in *Momenti di attività nell'arco di un anno*, Roma, Ministero dell'interno, 1990, p. 39. *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, n. 1, p. 3. *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, n. 3, p. 769. *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1992, p. 467. *The Commission of the European Economic Community: The Administrative Ramifications of its Political Development (1957-1967)*, in collaborazione con G. DELLA CANANEA, in *Early European Community Administration*, Baden Baden, Nomos, 1992, p. 75. *L'architettura costituzionale della Comunità europea dopo Maastricht e il posto dei poteri locali*, in *Regione e governo locale*, 1993, n. 1-2, p. 3. *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1993, p. 329. *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in « Scritti in onore di Pietro Virga », Milano, Giuffrè, 1994, tomo I, p. 501. *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in L. VANDELLI - C. BOTTARI - D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Quaderni della Spisa-Università di Bologna, Rimini, Maggioli, n. 1, 1994, p. 17. *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/1996, p. 915. *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali, in Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, Giuffrè, 1997, p. 3, parte generale. *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 5/2000, p. 987. *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2001, p. 601. *La Costituzione economica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 6/2001, p. 907. *Is there Really a « Democratic Deficit »?*, in *Europeos*, « Institutional reforms in the European Union-Memorandum for the Convention », Europeos, 2002, p. 19. *Per un'Autorità nazionale della sicurezza alimentare* (a cura di), Coop-Il Sole 24 Ore, 2002. *La nuova disciplina alimentare europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Per un'Autorità nazionale della sicurezza alimentare*, Coop-Il Sole 24 Ore, 2002, p. 11. *Democrazia e Unione europea*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 3/ I semestre 2002, p. 9. *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2002, p. 689. *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, settembre 2002, p. 469. *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2-3, 2002, p. 291. *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, agosto 2002, p. 265. *Storia e morfologia della convergenza in Europa*, in *Quale cultura per l'Europa? Ordinamenti giuridici e culture nel processo di globalizzazione*, Presidenza del Consiglio dei ministri-Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Centro Stampa SSPA, 2002, p.

37. *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2003, p. 35. *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 31 (2002), tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 141. *La « Costituzione » europea del 1957 comparata con quella ora in preparazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2003, p. 867. *L'integrazione attraverso il diritto: equilibrio dei poteri e legittimazione nella nuova Unione europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2003, p. 871. *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2003, p. 1132. *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 31 ss.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

1. Introduzione: i "sistemi comuni". — 2. La disciplina normativa della composizione attraverso i procedimenti. — 3. Separazione e composizione del procedimento secondo i giudici. — 4. Un diritto amministrativo comune.

1. *Introduzione: i "sistemi comuni".*

Per poter accedere coattivamente alle case e agli uffici, al fine di accertare le violazioni delle norme sulla concorrenza; per assicurare il rispetto della destinazione dei fondi agricoli e sociali europei; per garantire la sicurezza degli alimenti, la Commissione dell'Unione europea ha bisogno di strumenti amministrativi quali gli ordini di perquisire, i controlli, la vigilanza. Ma non sempre adopera questi strumenti direttamente. Nel primo dei tre casi indicati, agisce direttamente, svolgendo le perquisizioni mediante propri agenti (con l'ausilio di funzionari amministrativi statali). Nel secondo caso, i controlli sono affidati alle amministrazioni nazionali (ma la Commissione le tiene sotto controllo). Nel terzo caso, assicura direttamente la vigilanza sulla sicurezza degli alimenti, ma le amministrazioni nazionali debbono fare altrettanto (secondo principi e criteri dettati dalla Commissione). Questi tre esempi mostrano che vi è ora un cospicuo corpo di organi e di procedure amministrativi europei.

All'inizio, solo una parte della strumentazione amministrativa era comunitaria: concorrenza e aiuti di Stato (amministrazione diretta). Gli interventi in materia agricola erano, invece, svolti da amministrazioni nazionali sotto controllo comunitario (amministrazione indiretta) (1).

---

(1) Si vedano, principalmente, con riferimento al Regno Unito, T. DAINTITH (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom. Structures for Indirect Rule*, Chichester, IALS — Wiley, 1995 e J. STEINER, *Enforcing EC Law*, London, Blackstone Press Ltd.,

Successivamente, accanto all'amministrazione comunitaria diretta e a quella indiretta (attraverso le amministrazioni statali), si sono sviluppate numerose altre formule organizzative fondate sulla collaborazione tra la Commissione dell'Unione europea e le amministrazioni nazionali.

Solo di recente si è cominciato a individuare e classificare queste forme di collaborazione (2). I tipi principali finora studiati sono tre.

Il primo è quello della coamministrazione, che si ha quando il fine è unico, la disciplina sovranazionale e l'amministrazione in parte sovranazionale, in parte nazionale (ad esempio, disciplina dei fondi strutturali).

Il secondo è quello dell'integrazione decentrata, caratterizzato dalla contitolarità — comunitaria e nazionale — della competenza e dalla presenza di una amministrazione unitaria di settore (agenzia europea) (ad esempio, gli interventi europei in materia di droghe e di tossicodipendenze).

Il terzo è quello del concerto regolamentare, che si ha quando vi è un'organizzazione comune, composta di autorità sovranazionali e nazionali (ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni).

L'Unione europea è piena di molte altre forme di composizione, verticali e orizzontali, di organizzazioni e di attività che dànno luogo a "sistemi comuni" (3). Questa è un'espressione adoperata dal regolamento Ce n. 1334/2000 del 22 giugno 2000 sulle esportazioni di prodotti ad uso duale (civile e militare). Essa può essere ormai adoperata in luogo del sostantivo e dell'aggettivo Comunità-comunitario. Questi ultimi, infatti, sono destinati a scomparire con l'approvazione del trattato costituzionale. E l'espressione "sistema comune" fa un riferimento più preciso ai due livelli insieme, quello sovranazionale e quelli nazionali.

1995; con riferimento alla Spagna, si veda S. GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración Mixta: tercéra via de aplicación*, Madrid, Civitas, 1998.

(2) E. CHITI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.

(3) O coordinati, come nel caso dell'art. 11 del reg. Ce n. 1980/2000 del 17 luglio 2000, secondo il quale "[l]a Commissione e gli Stati membri si adoperano per assicurare il necessario coordinamento tra il presente sistema comunitario ed i sistemi nazionali degli Stati membri [...].

I sistemi amministrativi comuni sono il riflesso sul piano amministrativo della natura collettiva (4) o consociativa (5) del governo europeo, dove si registra una penetrazione della amministrazione sovranazionale in quelle nazionali e, viceversa, una penetrazione delle amministrazioni nazionali in quella sovranazionale.

In secondo luogo, i sistemi comuni servono a rendere coerenti o almeno compatibili interessi complessi, confliggenti ma interconnessi.

In terzo luogo, i sistemi comuni debbono servire la duplice funzione dell'Unione. Essa è, per un verso, il braccio degli esecutivi nazionali, che vi fanno sentire la propria voce principalmente attraverso il Consiglio e il Consiglio europeo; per altro verso, è lo strumento per tenere gli esecutivi nazionali sotto controllo (e di questo si preoccupano principalmente la Commissione e i giudici comunitari). Senza sistemi comuni, questa duplice funzione dell'Unione sarebbe impossibile o difficilissima.

Infine, i sistemi comuni sono settoriali. Anche ciò corrisponde alla forma di governo prescelta, al "sector by sector approach" (6) e al funzionalismo, che ha consentito la formazione progressiva, incrementale, dell'Unione europea.

I sistemi amministrativi comuni presentano problemi simili a tutte le organizzazioni definite descrittivamente multi-livello: non hanno un centro e tante periferie, ma più centri, tra i quali bisogna stabilire un ordine.

Essi presentano anche problemi loro propri e più complessi. La cosiddetta integrazione normativa si ottiene sovrapponendo una fonte di diritto sovranazionale (regolamento e direttiva) alle fonti del diritto nazionali (legge e regolamento), con effetto diretto della prima sulla seconda. Tra le amministrazioni, non si può stabilire

---

(4) H. KASSIM, *The European Administration: Between Europeanization and Domestication*, in J. Hayward and A. Menon (eds.), *Governing Europe*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2003; si veda anche D.J. ELAZAR, *The United States and the European Union*, in C. NICOLAIDIS - R. HOWSE (a cura di), *The Federal Vision*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 31.

(5) O. COSTA - P. MAGNETTE, *The European Union as a Consociation? A Methodological Assessment*, in *West European Politics*, 2003, vol. 26, July, n. 3, p. 1.

(6) Su questo aspetto, nella fase delle origini, M. PATRONO, *Il governo della prima Europa*, Padova, Cedam, 2003, p. 29.

quale sia superiore e quale inferiore. A taluni fini e in certi settori prevalgono le amministrazioni nazionali. Ad altri fini ed in altri settori quelle sovranazionali hanno la supremazia. Vi è, poi, interdipendenza reciproca, tanto che, in ultima istanza, l'effettività della esecuzione dipenderà dagli uffici di rango più basso.

Per affrontare questi problemi, l'ordinamento europeo ha sviluppato una strategia di integrazione amministrativa articolata in tre punti.

In primo luogo, ha definito la nozione comune di pubblica amministrazione, in modo da evitare di doversi adattare alle diverse demarcazioni nazionali nel definire regole comuni. Ma, per seguire il "sector by sector approach", ha definito la pubblica amministrazione in relazione ai settori e ai fini perseguiti. La nozione è molto ristretta per definire gli uffici pubblici ai quali non possono accedere, in deroga alla libertà di circolazione delle persone, i cittadini di altri Stati. È, invece, molto ampia per stabilire chi deve rispettare l'obbligo di indire gare per la scelta dei contraenti, per assicurare la libera circolazione delle imprese (7).

In secondo luogo, ha collegato strutturalmente organismi pubblici nazionali tra di loro e con organismi pubblici comuni. L'ordinamento comunitario pullula di comitati, gruppi di esperti, fori, gruppi di regolatori, ecc., a composizione mista, con rappresentanti nazionali e rappresentanti della Commissione (8).

In terzo luogo, ha connesso procedimenti amministrativi della Commissione con procedimenti amministrativi nazionali (9).

---

(7) M.P. CHITI, *The EC Notion of Public Administration: the Case of the Bodies Governed by Public Law*, in *European Public Law*, 2002, vol. 8, December, n. 4, p. 473 e S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, A. II, n. 10, p. 920.

(8) La letteratura sul tema è molto vasta. Tra gli scritti recenti, C. JOERGES - E. VOS (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, Hart, 1999, K. LENAERTS - A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision*, in *Common Market Law Review*, 2000, A. 37, p. 645 ss. e M. EGEBERG, G.F. SCHAEFER and J. TRONDAL, *The Many Faces of EU Committee Governance*, in *West European Politics*, 2003, vol. 26, July, n. 3, p. 19.

(9) Sul procedimento amministrativo europeo vi sono ancora poche indagini. La migliore analisi e tipologia è quella di G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*,

Quest'ultimo è l'aspetto più interessante dei modi di composizione tra le amministrazioni dei due livelli. Da un lato, infatti, lungo la sequenza seguita nel processo di decisione è più facile che principi comuni scendano nei diritti nazionali. Infatti, è difficile tenere separata la fase comunitaria da quella nazionale del procedimento.

Dall'altro, è proprio attraverso il procedimento che la Commissione riesce a stabilire contatti con i cittadini, talora mediati attraverso le amministrazioni nazionali, talora diretti.

A questo aspetto è dedicato questo scritto. In esso si cercherà di analizzare come si innesta la parte comune su quella nazionale dei procedimenti, come si compongono le due parti, in quale misura rimangono distinte e in quale, invece, si presentano come una unità.

L'oggetto di questo studio sono, quindi, i procedimenti compositi, in cui intervengono autorità europee e autorità nazionali. Per il ben noto motivo che l'Unione europea ha scelto fin dall'inizio l'"indirect rule" per l'esecuzione, i procedimenti compositi costituiscono la parte più numerosa dei procedimenti amministrativi europei.

L'indagine presenta due aspetti interessanti. Consente, in primo luogo, di misurare l'intensità dell'interconnessione amministrativa rispetto alla cosiddetta integrazione (costituzionale). Permette, in secondo luogo, di accertare se l'attività dell'organismo sovranazionale raggiunge i cittadini e se, quindi, si stabilisce un rapporto Unione-cittadini.

L'assetto dei rapporti tra fase comunitaria e fase nazionale è l'effetto di una complessa normativa comunitaria, fatta di regolamenti e di direttive, e di una faticosa produzione giurisdizionale della corte europea. Le due parti in cui è diviso questo scritto sono dedicate la prima all'esame delle norme, la seconda all'analisi della giurisprudenza.

Le norme — come vedremo — disegnano in modi molto diversi i collegamenti tra parte comune e parte nazionale dei procedimenti.

---

t. II, Milano, Giuffrè, 2003, II ed., p. 1877 ss. Sul procedimento amministrativo europeo anche le parti ad esso relative dei due manuali: J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 1173 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 301 ss. (si veda anche la seconda edizione in lingua spagnola M.P. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, Civitas, p. 237 ss.).

Si cercherà di evidenziare i tipi principali, ma senza pretesa di completezza.

La giurisprudenza, invece, tende a definire principi comuni a diversi procedimenti. Si cercherà di misurarne l'ambito di applicazione.

Prima di procedere, si spiega che qui non viene usata la parola integrazione. Questa è diffusissima per indicare la congiunzione degli ordinamenti nazionali con quello sovranazionale in Europa. È, quindi, meglio usare un termine diverso per la parte amministrativa. Potrebbe esservi, infatti, integrazione degli ordinamenti, non delle amministrazioni. Anzi, era questo il disegno originario. Oppure, potrebbe esservi una integrazione amministrativa più intensa o meno intensa di quella degli ordinamenti. Poi, il termine integrazione indica un risultato unitario, che è ben lungi dall'essere reale. La realtà è, invece, fatta di accomodamenti, giustapposizioni e sovrapposizioni, assemblaggi, combinazioni, aggiunte, inserimenti, e, quindi, presenta caratteristiche meno organiche e unitarie di quelle indicate dal termine integrazione (10).

2. *La disciplina normativa della composizione attraverso i procedimenti.*

Alcune avvertenze sulla disciplina normativa dei procedimenti in sede europea, prima di cominciare.

Innanzitutto, i procedimenti che esamineremo sono regolati da norme europee. Queste stabiliscono non solo quello che devono fare uffici o agenzie della Commissione, ma determinano anche gli obblighi procedimentali che gravano sulle amministrazioni statali.

In secondo luogo, questa disciplina è tutta composta di norme

(10) Sulle figure di composizione in Europa S. CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, ora in S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 67 e S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, ora in S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 55; sui profili di carattere più generale, P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*, Napoli, Arte grafica S. Orsola Benincasa, s.d. (ma 2003), che riprende la formula di J. E. M. Portalis "société de sociétés", relativa all'Antico Regime e S. FABBRINI, *Le istituzioni dell'Unione Europea in prospettiva comparata*, in S. FABBRINI (a cura di), *L'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 3.

di specie. Non esiste una disciplina normativa generale (quali le leggi sul procedimento amministrativo statunitense, tedesca, spagnola, italiana, ecc.). Tuttavia, la giurisprudenza ha sviluppato numerosi principi, applicandoli ai procedimenti: buona amministrazione, imparzialità, esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti, nonché rimedi contro l'inerzia nei casi d'iniziativa di ufficio, obbligo di comunicare l'avvio del procedimento agli interessati, diritto di questi ultimi di prendere visione degli atti e di essere sentiti, rispetto di un termine "ragionevole" per la conclusione del procedimento, obbligo di concludere il procedimento in modo espresso (11).

Terzo: i procedimenti servono alla cura di interessi che non sono solo dell'Unione, ma anche degli Stati. Per questo motivo, sono previsti interventi, negoziazioni, accordi, pareri, ecc. Questi servono ad assicurare l'esercizio unitario o almeno congiunto di poteri diversi e separati.

Quarto: in questi procedimenti intervengono numerosi soggetti pubblici. Più essi sono numerosi, più è necessario regolare la sequenza procedimentale. Essenziale è, quindi, il rispetto del principio di leale cooperazione, stabilito dall'art. 10 del Trattato della Comunità europea.

Quinto: nella disciplina del procedimento vi è spesso una commistione di ruoli. Le amministrazioni nazionali, in particolare, vi figurano come rappresentanti degli interessi nazionali, e, quindi, come parti; ma anche come amministrazioni decidenti.

Sesto: di regola, la Commissione opera almeno come responsabile del procedimento, nel senso che la decisione è rimessa ad essa e ad altri soggetti, ma essa deve curare che il procedimento giunga ad una conclusione.

Settimo: il procedimento come strumento di composizione di interessi pubblici e privati in sede europea ha uno svolgimento verticale, nel senso che esso inizia nella Commissione e termina in un ufficio nazionale, o viceversa. Ma, trattandosi di comporre gli interessi di quindici amministrazioni nazionali, esso ha anche una espan-

---

(11) G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, cit., p. 1880 ss. In precedenza, S. MUÑOZ MACHADO, *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española*, in *Revista española de derecho administrativo*, 1992, n. 75, p. 329.

sione orizzontale, nel senso che richiede l'accordo delle amministrazioni nazionali. Per questo, come vedremo, è previsto, ad esempio, che le amministrazioni nazionali possano presentare obiezioni (12).

Fatte queste osservazioni preliminari, si passa ad esaminare la disciplina normativa dei procedimenti nei quali sia presente una finalità di composizione, distinguendo diversi tipi di procedimenti.

Non in tutti i procedimenti tale finalità è presente. Ad esempio, i procedimenti finanziari, regolati di recente dal reg. Ce n. 1605/2002 del 25 giugno 2002, si svolgono nella Commissione e non richiedono che si stabiliscano relazioni con le amministrazioni nazionali. Tuttavia, come vedremo, questi tipi di procedimenti sono relativamente poco numerosi, perché sono pochi i casi in cui la Commissione ha un potere amministrativo esclusivo. Anche per l'esercizio di poteri strettamente comunitari, la Commissione deve stabilire rapporti con le amministrazioni nazionali e si debbono, di conseguenza, congiungere attività dell'una e delle altre.

Il primo tipo di procedimento riguarda le funzioni proprie della Commissione, ma per lo svolgimento delle quali essa ha bisogno di una partecipazione strumentale delle amministrazioni statali.

Un buon esempio è offerto dal reg. Ce n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza degli artt. 81 e 82 del Trattato della Comunità europea. Esso prevede poteri di accertamento delle violazioni da parte della Commissione e l'obbligo delle imprese e delle associazioni di imprese di sottoporsi agli accertamenti. Gli agenti dell'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio debbono essere effettuati gli accertamenti prestano attivamente assistenza agli agenti della Commissione. Se le imprese si oppongono ad un accertamento, "lo Stato membro interessato presta […] l'assistenza necessaria per l'esecuzione degli accertamenti, ricorrendo se del caso alla forza pubblica o a un'autorità equivalente incaricata dell'applicazione della legge" (art. 20.6).

In questo caso, la funzione principale è propria della Commissione, che la svolge in via esclusiva. Tuttavia, in caso di opposizione

(12) Così, ad esempio, l'art. 7.5 del reg. Ce n. 2081/92 del 14 luglio 1992. In altri casi, possono presentare obiezioni sia gli Stati, sia la Commissione (così l'art. 15.1 della dir. Ce 2001/18 del 12 marzo 2001).

dell'impresa allo svolgimento degli accertamenti, l'esecuzione con la forza avviene a cura dell'amministrazione nazionale.

Lo stesso regolamento sull'applicazione delle regole sulla concorrenza fornisce l'esempio di un secondo tipo di procedimento. Esso prevede che le autorità garanti della concorrenza in sede nazionale applichino anche gli articoli 81 e 82 del Trattato della Comunità europea quando applicano il diritto nazionale in materia di concorrenza ad accordi e pratiche che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Anche in questo caso si tratta di una funzione sovranazionale, che è, però, condivisa dalla Commissione con le autorità nazionali. È per questo che l'art. 11, commi 3 e 4, del regolamento 1/2003 del 16 dicembre 2002 prevede la informazione delle autorità nazionali garanti della concorrenza alla Commissione dell'avvio del procedimento e della decisione, quando le autorità nazionali agiscono in base agli articoli 81 e 82 del Trattato. L'informazione dell'avvio avviene prima o immediatamente dopo l'adozione della prima misura formale. L'informazione della decisione avviene trenta giorni prima della sua adozione. La Commissione può decidere di avviare un suo procedimento, dopo aver consultato l'autorità nazionale. L'avvio del procedimento da parte della Commissione "priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato" (art. 11.6).

Le stesse norme prevedono che le informazioni sull'avvio del procedimento e sulla decisione possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri e che il procedimento aperto dinanzi a un'autorità per lo stesso accordo costituisce motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere una denuncia (art. 13).

Mentre nel primo tipo esaminato sul procedimento sovranazionale si innesta l'esecuzione con la forza nazionale, in questo tipo il procedimento è nazionale, ma si svolge sotto controllo sovranazionale, con la possibilità, per la Commissione, di privare l'autorità nazionale della competenza avviando un proprio procedimento e, quindi, sostituendosi all'autorità nazionale.

Inoltre, mentre nel primo tipo vi è solo una sequenza verticale (Commissione - autorità statale), in questo c'è anche una sequenza orizzontale (informazione delle altre autorità statali).

Un terzo tipo di procedimenti è quello relativo a funzioni concorrenti, in parte sovranazionali, in parte nazionali. La differenza rispetto al caso precedente sta nel fatto che lì la funzione è sovranazionale, ma è condivisa, nel senso che la Commissione la fa svolgere a livello nazionale, potendo in qualunque momento riappropriarsene. Qui, invece, la funzione è propria, sin dall'origine, degli Stati e della Unione, che l'esercitano in collaborazione.

Un esempio è quello dei procedimenti per la protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, disciplinati dal reg. Ce n. 2081/92 del 14 luglio 1992 (articoli 5-7 e 15). Questo regolamento è stato adottato per rendere uniformi discipline nazionali eterogenee, relative alla elaborazione e all'attribuzione di denominazioni di origine e indicazioni geografiche.

Questo procedimento si svolge in modo ascendente. La domanda di registrazione è presentata all'autorità nazionale, che può ritenerla non giustificata. Se, al contrario, ritiene che soddisfi i requisiti stabiliti dal regolamento, la trasmette, con la documentazione, alla Commissione. Se anche l'esame della Commissione ha esito positivo, le sue conclusioni sono pubblicate. Nei confronti di tali conclusioni possono presentare opposizioni persone fisiche o giuridiche legittimamente interessate o qualsiasi Stato membro (le prime alle autorità statali, i secondi alla Commissione). Se un'opposizione è ricevibile, la Commissione invita gli Stati membri interessati a cercare un accordo entro tre mesi. Se l'accordo non è raggiunto, decide la Commissione, sentito un apposito comitato di rappresentanti delle amministrazioni nazionali, presieduto da un rappresentante della Commissione. Se il comitato non dà il parere o la Commissione è di opinione diversa, decide il Consiglio a maggioranza.

Quando non vi sono opposizioni, o se è stato raggiunto un accordo, o, infine, dopo la decisione della Commissione o del Consiglio, la denominazione è iscritta nel registro delle denominazioni d'origine protetta e delle indicazioni geografiche protette, che è pubblicato.

Questo procedimento è diviso in due fasi in successione, una nazionale, una sovranazionale. Ma in quest'ultima le amministrazioni nazionali svolgono nuovamente un ruolo. Questo è duplice. Infatti, esse sono oppositori e sono partecipanti alla decisione, o

come parti dell'accordo o come componenti del comitato o come componenti del Consiglio.

Un quarto tipo di procedimenti riguarda sempre materie sulle quali si esercitano funzioni concorrenti dell'Unione e degli Stati. Ma questa volta il procedimento ha un andamento discendente, dall'Unione agli Stati.

Un esempio è il "sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica", disciplinato dal reg. n. 1980/2000 del 17 luglio 2000 (artt. 6 e 7). Lo scopo della disciplina è di orientare i consumatori verso prodotti in grado di ridurre l'impatto ambientale.

In questo caso, c'è una prima fase sovranazionale e una seconda nazionale. La prima diretta a definire i criteri relativi al marchio. È avviata su iniziativa della Commissione, o su richiesta del Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica (Cueme), composto dagli organismi nazionali indipendenti responsabili dell'esecuzione e dal forum consultivo delle parti interessate. I criteri sono definiti dal Comitato e trasmessi alla Commissione, che li sottopone ad un comitato di regolamentazione e li pubblica.

La seconda fase, nazionale, si apre con la domanda di produttori, importatori, prestatori di servizio, venditori all'ingrosso e al dettaglio, all'organismo nazionale competente, che verifica la conformità del prodotto con i criteri e quella della domanda con i requisiti di valutazione e verifica della conformità, e assegna il marchio.

Anche in questo procedimento vi sono due fasi. Ma qui quella sovranazionale precede quella nazionale. Quest'ultima serve all'applicazione dei criteri fissati dalla Commissione. Ciò non vuol dire, però, che gli organismi competenti nazionali svolgano un ruolo meramente esecutivo. Essi, infatti, sono presenti nei due comitati presso la Commissione. Mentre nel procedimento precedente i privati intervengono con opposizioni, qui le parti interessate possono fare sentire la propria voce attraverso un "forum consultivo".

Un quinto tipo di procedimenti riguarda funzioni "distribuite", nel senso che esse sono attribuite agli Stati, che le svolgono insieme. Ne deriva un procedimento "corale", tra amministrazioni nazionali, piuttosto che tra Commissione e Stati.

Un buon esempio è costituito dalla procedura di mediazione e

di accordo relativa all'immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, regolata dalla dir. 2001/18 Ce del 12 marzo 2001 (artt. 13-15, 18 e 30).

In questo caso, è previsto che venga inoltrata una notifica all'autorità competente dello Stato membro. Questa la trasmette alle autorità competenti degli altri Stati membri e alla Commissione e verifica la conformità alla direttiva. Poi invia la relazione di valutazione alla Commissione, che la trasmette alle autorità competenti degli Stati membri. A questo punto si apre una ulteriore istruttoria, non nazionale, ma in collaborazione tra autorità nazionali e Commissione. Queste (dunque, sia le autorità nazionali, sia la Commissione) possono chiedere informazioni, formulare osservazioni, sollevare obiezioni motivate. Queste e le relative risposte vengono fatte circolare tra le autorità nazionali a cura della Commissione. Seguono una discussione e un accordo. Se non vi sono obiezioni e si è raggiunto un accordo, l'autorità competente che ha elaborato la relazione di valutazione concede l'autorizzazione scritta per l'immissione in commercio, la trasmette al notificante e ne informa gli altri Stati membri e la Commissione. Se, invece, un accordo non è raggiunto, viene seguita la complessa procedura dell'art. 5 della decisione del Consiglio della Comunità europea 1999/468, del 28 giugno 1999: proposta della Commissione al comitato di regolamentazione; in caso di assenza di parere o di parere negativo, proposta della Commissione al Consiglio e informativa al Parlamento; deliberazione del Consiglio e riesame da parte della Commissione, se il Consiglio non concorda con la proposta della Commissione; infine, presentazione al Consiglio, da parte della Commissione, di una proposta modificata, della propria proposta o di una proposta legislativa. In caso di inerzia del Consiglio, decisione da parte della Commissione.

Questo peculiare procedimento è, in sostanza, non gerarchico, richiedendo una mediazione e un accordo tra gli organismi nazionali. Esso si svolge, per così dire, orizzontalmente. Se, però, non è raggiunto l'accordo, si innesta una fase finale che sottrae agli Stati la decisione, rimettendola alla Commissione e al Consiglio dell'Unione.

Un sesto tipo di procedimenti è quello che riguarda funzioni prevalentemente statali, ma in ordine alle quali è interesse comune fissare criteri generali da seguire.

Un esempio interessante è quello del regime comunitario di controllo delle esportazioni di prodotti e tecnologie a duplice uso, civile e militare. Si tratta di un settore custodito dagli Stati, quello della difesa e della relativa industria. Su questa materia è stato emanato il reg. n. 1334/2000 del 22 giugno 2000 (si vedano, in particolare, gli articoli 3, 6, 9 e 10).

Il regolamento contiene un elenco dei prodotti la cui esportazione è subordinata ad autorizzazione. Per alcuni di questi prodotti la direttiva prevede una autorizzazione generale rilasciata dalla Comunità europea. Per gli altri prodotti, gli Stati membri forniscono alla Commissione l'elenco delle autorità abilitate al rilascio delle autorizzazioni. Per il rilascio delle autorizzazioni, la disciplina sovranazionale impone obblighi di informazione, consultazione reciproca, mutua assistenza e cooperazione tra le autorità abilitate. Le autorizzazioni sono rilasciate per mezzo di formulari conformi a un modello allegato al regolamento. In alcuni casi, la comunicazione di obiezioni nei confronti del rilascio dell'autorizzazione da parte di uno Stato, vincola lo Stato membro al quale è stata fatta la richiesta di autorizzazione.

Questo tipo di procedimento, per quanto strutturato in sede europea, non ha una parte comune, sovranazionale. Tuttavia, nel procedimento nazionale intervengono, talora con effetti vincolanti, in virtù della norma comunitaria, anche le autorità di altri Stati.

La tipologia indicata e gli esempi che illustrano ciascun tipo mostrano come vengono stabilite, in sede sovranazionale, le connessioni tra Commissione (ma talora anche Consiglio), considerata come esecutivo europeo, e amministrazioni nazionali.

La tipologia è stata stabilita in relazione alle funzioni, da quelle sovranazionali a quelle concorrenti, a quelle nazionali. Se non può dirsi che vi sia necessaria corrispondenza tra spettanza delle funzioni e moduli procedimentali, può notarsi che, nel passaggio dai primi agli ultimi tipi, si nota uno spostamento del potere di decisione dalla Commissione alle amministrazioni nazionali.

Quattro aspetti riguardanti i soggetti sono interessanti. Il frequente ricorso a comitati composti di rappresentanti di amministrazioni nazionali. La individuazione delle amministrazioni nazionali competenti, richiesta agli Stati. I collegamenti stabiliti in sede comunitaria tra le amministrazioni nazionali competenti. I molteplici

ruoli degli Stati nazionali, che operano come iniziatori del procedimento, come parti, in veste consultiva e come organi di decisione.

Il procedimento, poi, non solo presenta fasi ascendenti e discendenti, ma si allarga alle altre autorità nazionali. Usando la terminologia tradizionale, si può dire che, accanto a una fase comunitaria, ve ne è una comune.

3. *Separazione e composizione del procedimento secondo i giudici.*

Regolamenti e direttive comunitarie stabiliscono numerosi legami tra decisioni nazionali e decisioni sovranazionali, tanto da configurare le une e le altre come fasi di un unico procedimento. Esaminati i tipi principali che si evincono dalla disciplina normativa, si passa ora ad esaminare la giurisprudenza. Le domande alle quali rispondere sono: i giudici comunitari riconoscono una unità del procedimento? E quale diritto applicano ad esso?

Si possono distinguere due ordini di casi. Il primo è quello in cui manchi una disciplina sovranazionale. In questo caso, valgono i principi di equivalenza e di effettività.

La disciplina spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato, purché questa non sia meno favorevole di quella di casi analoghi di natura interna e purché essa non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico sovranazionale. Ciò non vuol dire, però, che, in presenza di più norme interne, debba essere applicata quella più favorevole.

Questi principi sono stati ribaditi dalla Corte di giustizia nei casi *Edis* c. *Ministero delle Finanze* C-231/96 del 15 settembre 1998 e *Aprile* c. *Amministrazione delle finanze* C-228/96 del 17 novembre 1998, riferiti, però, ai giudici competenti e alle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali (13).

---

(13) C. giust. Ce, 15 settembre 1998, causa 231/96, *Edis* c. *Ministero delle finanze*, in *Racc.*, 1998, I, p. 4951 ss.; C. giust. Ce, 17 novembre 1998, causa 228/96, *Aprile srl in liquidazione* c. *Amministrazione delle finanze dello Stato*, in *Racc.*, 1998, I, p. 7141 ss. Le decisioni precedenti a quelle citate sono commentate da G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, n. 1, p. 5 ss. (ma spec. p. 12 e

È interessante osservare che, affermando i principi di equivalenza e di effettività, il giudice comunitario ha stabilito un principio sovranazionale, che è quello del rispetto della disciplina nazionale. Così facendo, il diritto comune stabilisce il principio dell'allineamento al diritto nazionale, e, nello stesso tempo, rinuncia all'uniformità, adattandosi alla diversità delle normative nazionali.

Più interessante è il caso in cui vi è una disciplina sovranazionale. Trattandosi qui del procedimento, è naturale che venga in primo piano il diritto di difesa. Secondo questo, chiunque venga colpito da una decisione lesiva deve essere messo in grado di presentare le sue difese. Deve, quindi, potere conoscere i documenti sulla base dei quali intende pronunciarsi l'autorità ed essere messo in condizioni di far conoscere il suo punto di vista. Questo diritto è considerato dalla Corte comunitaria come un principio, che va rispettato anche se non è espressamente previsto da una norma.

Il diritto di difesa, come principio sovranazionale, va comunque garantito. Ma in alcuni casi la corte comunitaria ha dichiarato che va assicurato nella fase nazionale. In altri casi, ha dichiarato che va assicurato nella fase sovranazionale.

Il primo è il caso di *France Aviation* c. *Commissione* T-346/94 del 9 novembre 1995 (14), in cui il Tribunale di primo grado ha deciso su una domanda di rimborso doganale. La fase nazionale, dinanzi all'amministrazione francese, si era conclusa in termini positivi. Ma la Commissione aveva deciso negativamente. Era difficile riconoscere il diritto di difesa perché la norma prevedeva contatti tra l'interessato e l'amministrazione e tra l'amministrazione e la Commissione, non tra l'interessato e la Commissione. Il giudice avrebbe potuto riconoscere il diritto di difesa direttamente nella fase sovranazionale. Ha, invece, fatto valere tale diritto, ma sostenendo, con un complicato giro, che il regolamento disciplinante la materia consentiva alla Commissione di chiedere allo Stato interessato di comunicarle informazioni supplementari e che questa richiesta avrebbe consentito alle autorità francesi di valutare la negligenza

---

20). Successivamente, si veda C. giust. Ce, 6 dicembre 2001, causa 472/99, *Clean Car Autoservice GmbH Stadt Wien* c. *Repubblica austriaca*, in *Racc.*, 2001, I, p. 9687 ss.

(14) Trib. Ce, sez. I, 9 novembre 1995, causa 346/94, *France-Aviation sa* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1995, II, p. 2841 ss.

dell'interessato, ciò che avrebbe dovuto indurre a una decisione nazionale negativa, preceduta dall'invito all'interessato a pronunciarsi dinanzi all'autorità francese.

Questa decisione, per quanto barocca, è interessante, comunque, sia per il riconoscimento dell'unità del procedimento, distinto nella fase nazionale e in quella sovranazionale, sia per aver fatto valere il principio del diritto di difesa come principio sovranazionale applicabile al diritto nazionale, proprio in virtù della trasmissibilità assicurata dall'unitarietà del procedimento. Dunque, qui c'è un principio comune ad applicazione indiretta, che l'amministrazione nazionale deve rispettare perché il procedimento è unico.

Diversi gli altri casi, in cui i giudici comunitari hanno fatto valere il diritto di difesa in presenza di procedimenti composti. Anche questi sono qui esaminati non per accertare come viene garantito il diritto di difesa, bensì per valutare come i giudici comunitari fanno valere la connessione tra i procedimenti (o, meglio, tra le fasi del procedimento).

La decisione della Corte di giustizia C-269/90 *T.U. Muenchen* c. *Hauptzollamt* del 21 novembre 1991 ([15]) riguarda un rinvio pregiudiziale attinente a una richiesta di franchigia doganale. Qui vi erano state una decisione negativa nazionale e una, anch'essa negativa, della Commissione. La Corte ha stabilito che "il diritto ad essere sentiti in un procedimento del genere esige che l'interessato, proprio nel corso del procedimento che si svolge dinanzi alla Commissione, sia in grado di prendere posizione e di far conoscere la sua opinione sulla rilevanza dei fatti nonché eventualmente sui documenti presi in considerazione dall'istituzione comunitaria".

La sentenza del Tribunale di primo grado T-450/93 *Lisrestal* c. *Commissione* del 6 dicembre 1994 ([16]), confermata dalla Corte di giustizia con la sentenza C-32/95 *Commissione* c. *Lisrestal* del 24 ottobre 1996 ([17]), riguarda un ordine di recupero di contributi

---

([15]) C. giust. Ce, 21 novembre 1991, causa 269/90, *Technische Universität München* c. *Hauptzollamt München-Mitte*, in *Racc.*, 1991, I, p. 5469 ss.

([16]) Trib. Ce, sez. I, 6 dicembre 1994, causa 450/93, *Lisrestal — Organização Gestão de Restaurantes colectivos Lda e altri* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1994, II, p. 1177 ss.

([17]) C. giust. Ce, sez. VI, 24 ottobre 1996, causa 32/95 P, *Commissione* c. *Lisrestal — Organização Gestão de Restaurantes colectivos Lda e altri*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5373 ss.

comunitari indirizzato dalla Commissione all'autorità nazionale e da questa ai beneficiari. Il Tribunale ha riconosciuto che la decisione della Commissione era rivolta esclusivamente alle autorità nazionali. Ma ha aggiunto che "la Commissione ha tuttavia espressamente fatto riferimento alle ricorrenti, individuandole in modo specifico, quali dirette beneficiarie del contributo concesso. Il Tribunale ritiene pertanto che le ricorrenti sono direttamente e individualmente interessate alla decisione di riduzione impugnata […]". Quindi, "[…] pur essendo lo Stato membro l'unico interlocutore del fondo, si instaura un rapporto diretto tra la Commissione e il beneficiario del contributo".

La sentenza del Tribunale di primo grado T-42/96 *Eyckeler* c. *Commissione* del 19 febbraio 1998 (18) riguarda un procedimento per lo sgravio dei dazi all'importazione. Il procedimento è articolato in due fasi. La prima si svolge dinanzi all'amministrazione nazionale. Se la conclusione è dubbia o positiva, si apre la seconda, con la trasmissione del fascicolo dalle autorità nazionali alla Commissione, che, sentito un gruppo di esperti, prende una decisione. Il Tribunale ha constatato che la disciplina normativa prevede solo contatti tra l'interessato e l'amministrazione nazionale, da un lato, e quest'ultima e la Commissione, dall'altro. Dunque l'unico interlocutore della Commissione è lo Stato interessato. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto applicabili i principi dell'accesso al fascicolo e di diritto di difesa sviluppati dalla giurisprudenza nel settore della concorrenza. Ed ha osservato che la Commissione, quando intende discostarsi dall'orientamento delle autorità nazionali, deve consentire all'interessato di esprimersi. Il Tribunale è giunto alla conclusione che costituisce violazione delle forme essenziali la circostanza che la Commissione non abbia consentito alla ricorrente, durante il procedimento svoltosi dinanzi ad essa, di prendere posizione e di esprimere il suo punto di vista.

L'interesse di questa decisione è duplice. Da un lato, essa applica i principi propri di un settore, come quello della concorrenza, dove la Commissione ha una funzione propria, diretta, ad un settore dove operano sia l'amministrazione nazionale, sia quella

(18) Trib. Ce, sez. I, 19 febbraio 1998, causa 42/96, *Eykeler & Malt AG* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1998, II, p. 401 ss.

sovranazionale (competenza concorrente). Dall'altro, essa afferma i principi del diritto di accesso e del diritto di difesa, secondo un criterio di carattere sostanziale, quello del momento in cui viene accertato il fatto (nel caso, la negligenza) che dà luogo alla decisione negativa (il diniego dello sgravio dei dazi all'importazione). Dunque, non è rilevante il rilievo formale dell'assenza di rapporti diretti tra interessato e Commissione. È, invece, rilevante la circostanza che "nella decisione impugnata si fa carico per la prima volta alla ricorrente di non aver fatto [sic] prova della diligenza necessaria".

Questi casi sono interessanti per il problema qui esaminato (come intendono la composizione tra fase nazionale e fase sovranazionale del procedimento i giudici comunitari) perché l'obbligo di far conoscere gli atti all'interessato e di farlo esprimere, quando vi sia un potere discrezionale dell'autorità, è riconosciuto nell'una o nell'altra fase del procedimento, purché vi sia. Il principio è unico, quello sviluppato dalla giurisprudenza comunitaria. Esso si applica in sede nazionale, e, quindi, in modo indiretto, o in sede sovranazionale, e, quindi, in modo diretto. Importa — come osservato nell'ultima sentenza — chi abbia individuato i fatti che sono alla base della decisione negativa (19). Dunque, il diritto di difesa dovrà essere rispettato dall'amministrazione nazionale, se questa giunge a una decisione (provvisoria) negativa. E da quella sovranazionale, se è questa ad avere individuato fatti che conducano a una decisione (definitiva) negativa.

Quasi tutte le decisioni delle corti comunitarie prima citate sono state prese a séguito di giudizi di annullamento in base agli artt. 230 e 233 del Trattato Ce. Solo in pochi casi si trattava di rinvii pregiudiziali in base all'art. 234.

L'affermazione sovranazionale del diritto di difesa (20) è stata agevole perché tale diritto è garantito innanzitutto dagli ordinamenti

---

(19) Si veda anche la sentenza Trib. Ce, sez. V, 30 gennaio 2001, causa 215/00, *La Conqueste Scea* c. *Commissione*, in *Racc.*, 2001, II, p. 181 ss., confermata dalla C. giust. Ce, sez. II, 30 gennaio 2002, causa 151/01P, *La Conqueste Scea* c. *Commissione*, in *Racc.*, 2002, I, p. 1179 ss., per cui le garanzie procedurali debbono esservi, ma debbono essere assicurate, secondo la disciplina comunitaria, o dallo Stato o dalla Commissione.

(20) Inteso come intervento nel corso del procedimento amministrativo e ben diverso dal diritto di difesa che si esplica alla fine del procedimento, con il ricorso al giudice contro il provvedimento o decisione amministrativa. Si veda la recente C-78/01,

nazionali. Ciò non esclude, però, che la portata del diritto sia diversa. La Corte di giustizia riconosce il diritto di difesa come un diritto generale, mentre alcuni ordinamenti nazionali lo limitano a taluni procedimenti. Ciò comporta un adattamento necessario dei diritti amministrativi nazionali al più vasto principio comunitario (21).

La formazione di "standards" procedurali omogenei, specialmente se fatti valere dinanzi all'amministrazione sovranazionale, produce l'effetto di accorciare la distanza tra Commissione e cittadino, avvicinando l'uno all'altra.

L'effetto di queste pronunce è stato indicato come "convergenza verticale" (22). La protezione dell'individuo non deve subire le conseguenze della separazione della procedura in due stadi. Ciò conduce all'imputazione del vizio alla Commissione, ritenuta pienamente responsabile, quando la prima fase non è giustificabile, perché preparatoria (23).

Le conclusioni dei giudici comunitari sembrano, però, motivate non tanto da una ragione giurisdizionale (assicurare un giudice nel caso di impossibilità di una tutela giurisdizionale nei confronti di un atto preparatorio o endoprocedimentale nazionale), quanto da un motivo più interno al procedimento stesso (garantire che, nella fase in cui emergono i motivi per una decisione negativa, il cittadino possa far valere i suoi argomenti) (24).

Da ultimo, è interessante notare che le corti comunitarie si sono

---

Bundesverband Güterkraftverkehr und Logistik v. Bundesrepublik Deutschland [2003], ECR 2003, n. 52.

(21) Osservazioni simili in K. MICHELET, *La Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse*, in *Actualité juridique — Droit administratif*, 2002, 14 octobre, p. 949. Sulla compatibilità della legge spagnola n. 30 del 1992 sul procedimento con il diritto comunitario, A. GARCÍA URETA, *Procedimiento administrativo y derecho comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2002.

(22) H.P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, Hart, 1999, p. 7.

(23) H.P. NEHL, cit., p. 80-81, 88-95, 135-136 e 164-165.

(24) Sugli aspetti giurisdizionali, C. giust. Ce, sez. V, 3 dicembre 1992, causa 97/91, *Oleificio Borelli spa* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1992, I, p. 215 ss. e C. giust. Ce, 9 marzo 1994, causa 188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf Gmbh.* c. *Bundes-republik Deutschland*, in *Racc.*, 1994, I, p. 833 ss.

pronunciate a favore della composizione dei procedimenti e della loro unitarietà con riferimento a due settori, quello delle entrate (sgravi di dazi doganali, franchigie all'esportazione) e quello delle spese (contributi comunitari). Dunque, in due settori tipici di un potere pubblico.

4. *Un diritto amministrativo comune.*

Si è cercato di rispondere alla domanda se l'attività svolta ai due livelli, sovranazionale e nazionale, dia luogo alla nascita di un diritto amministrativo unitario, composto di una parte comune e di tante parti separate quanti sono gli Stati (e le rispettive amministrazioni) nazionali. Si è cercato di accertare come si colleghino e dove rimangano separati i due diritti, per quanto riguarda l'attività amministrativa, che si svolge in forme procedimentali.

Le conclusioni principali di quest'analisi sono le seguenti.

Attività amministrativa nazionale e azione amministrativa comunitaria sono connesse in vari modi, ma senza la formazione di una gerarchia di diritti, purché venga assicurato il primato del diritto comune.

L'articolazione del procedimento evidenzia tre componenti: quella nazionale, quella sovranazionale e quella interstatale. La prima e la seconda sono più note. La terza, meno. Essa è costituita dal dialogo orizzontale delle amministrazioni nazionali (25).

Questo dialogo orizzontale delle amministrazioni si svolge in più modi. Ciascuna amministrazione nazionale può, in primo luogo, avere l'iniziativa del procedimento. Ogni amministrazione, in secondo luogo, può intervenire nel procedimento. Le amministrazioni nazionali, infine, collaborano, in vario modo, alla decisione (26).

---

(25) Questo aspetto è di solito trascurato dagli studi di diritto europeo. Si vedano, però, J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003 (tr. it.), p. 597 (sull'infranazionalismo) e *La Comitologia: infranazionalismo, costituzionalismo e democrazia*, in J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 597 ss.; H. Siedentopf and B. Speer, *The European Administrative Space from a German Administrative Science Perspective*, in *International Review of Administrative Science*, 2003, vol. 69, p. 9; F. Bignami, *The Challenge of Cooperative Regulatory Relations after Enlargement*, in *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series*, n. 55, Sept. 2004.

(26) A queste formule di collaborazione nel procedimento bisogna, poi, aggiun-

I procedimenti composti — che sono la maggior parte dei procedimenti in cui opera la Commissione — sono considerati, a taluni fini, come unitari. Ciò serve ad assicurare il rispetto dei diritti dei cittadini. Per questi, dunque, la Commissione e le amministrazioni nazionali, pur strutturalmente distinti, si presentano come funzionalmente unitari.

Infine, l'innesto permette non solo la penetrazione di principi comunitari nei diritti amministrativi nazionali (27), ma anche il "contagio" tra gli ordinamenti nazionali. Da questi consegue la diffusione di principi dagli ordinamenti nazionali all'Unione (e viceversa) e tra gli ordinamenti nazionali.

Il procedimento amministrativo europeo, che si è qui analizzato, presenta un grande vantaggio: è corale e consente la collaborazione tra autorità nazionali e tra queste e la Commissione europea. Esso è, però, anche molto complesso (e, quindi faticoso) e chiuso (nel senso che la necessità di assicurare la partecipazione delle autorità nazionali fa passare in secondo piano la partecipazione dei privati). Si spiegano, quindi, le proposte di codificazione e semplificazione avanzate negli ultimi due decenni (28).

In che cosa si distingue questo diritto amministrativo comune (e, quindi, l'integrazione amministrativa) dall'integrazione degli altri poteri, il legislativo e il giudiziario, in Europa?

Il potere legislativo comunitario è sovrapposto a quello nazionale: quest'ultimo deve rispettare il primo. Il potere giudiziario comunitario è gerarchicamente superiore a quello nazionale: quest'ultimo deve rispettare il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia. Principalmente, le relazioni tra i due poteri sovranazionali e quelli legislativo e giudiziario nazionali sono regolate in modo unitario, secondo un solo, esclusivo modello.

---

gere quelle organizzative e quelle funzionali. Un esempio delle prime è costituito dai comitati in cui sono presenti le amministrazioni nazionali. Un esempio delle seconde è offerto dal mutuo riconoscimento, con cui si realizza la sostituzione funzionale di un'amministrazione a un'altra.

(27) Si veda il commento di D. COSTA a Conseil d'Etat, 29 juillet 2002, n. 232829, in *Actualité juridique — Droit Administratif*, 2002, 9 décembre, p. 1395. Si veda anche C. HILSON, *The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence*, in *European Public Law*, 2003, vol. 9, n. 1, p. 125.

(28) Sulle quali G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, cit., p. 1890 ss.

Come si è notato, invece, i modi di composizione degli esecutivi (dell'amministrazione) non sono regolati in modo unitario dai trattati. Vi sono, quindi, modelli diversi, tutti fondati sulla cooperazione.

Da che cosa dipende il diverso assetto dei rapporti? Dall'esame compiuto, le variabili importanti sembrano essere due: la particolare natura di ogni settore o materia e la distribuzione di compiti tra l'Unione e gli Stati.

Come è naturale, in questi modelli l'elemento meno stabile è quello dell'amministrazione nazionale, che gioca più ruoli, di cui principali quello di parte (per rappresentare interessi nazionali) e quello di organo imparziale di regolazione nell'interesse comune, in collaborazione con le altre amministrazioni. La spiegazione di questa oscillazione è semplice: le amministrazioni sono il cuore degli Stati, e l'Unione, dunque, ha proceduto con molta cautela a stabilire le forme della loro integrazione.

Questo scritto finisce dove inizia un altro e più interessante capitolo: i diversi modi in cui si compongono lo "jus commune" e gli "jura particularia" rendono più agevole la diffusione di "infezioni", i "contagi" e i "trapianti" di istituti. Ciò è reso possibile dallo "jus commune" ed ha per effetto di ridurre le differenze tra gli "jura particularia", innestando, così, un processo di armonizzazione che non è promosso dall'alto, ma si sviluppa dal basso.

DIRITTO AMMINISTRATIVO COMUNITARIO E DIRITTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI

1. Introduzione: un problema contestato. — 2. Modelli storici e teorici per l'analisi del diritto amministrativo binario. — 3. Caratteri fondamentali del diritto amministrativo comunitario. — 4. Modalità di incidenza sui diritti amministrativi nazionali. — 5. L'apertura laterale dei diritti amministrativi nazionali. — 6. Conclusioni. — Nota bibliografica.

1. *Introduzione: un problema contestato.*

Si considerino le due seguenti sequenze argomentative. Prima: l'Unione europea è unione di Stati. Gli Stati sono persone giuridiche. L'Unione riguarda le persone, non gli apparati che ne fanno parte. La pubblica amministrazione è uno degli apparati dello Stato. Quindi, l'Unione non riguarda le pubbliche amministrazioni e il diritto amministrativo.

Seconda sequenza: il diritto comunitario si attua attraverso regolamenti e direttive. I primi pongono norme agli Stati. Le seconde impongono norme agli Stati, che debbono attuarle. Dunque, le norme comunitarie, per essere eseguite, o richiedono decisioni amministrative nazionali, oppure richiedono atti normativi statali, che si interpongono tra norma comunitaria e decisione amministrativa nazionale (teoria dell'*écran legislatif*). Quindi, alla normazione comunitaria non corrisponde in nessun caso un diritto amministrativo comunitario, bensì solo diritti amministrativi nazionali.

Per il primo e per il secondo punto di vista, il diritto comunitario si ferma sulla soglia degli Stati, e demanda ad essi l'esecuzione. Quindi, vi è un diritto legislativo comunitario, non un diritto amministrativo comunitario, né influenza di esso sui diritti amministrativi nazionali.

Queste impostazioni non spiegano, però, perché centinaia di

funzionari dei quindici Paesi europei vadano periodicamente a Bruxelles per partecipare ai moltissimi comitati che si riuniscono continuamente presso la Commissione (fase ascendente), né perché le aziende farmaceutiche o quelle operanti in altri settori di ciascuno degli Stati europei si rivolgano frequentemente alla Commissione per ottenere provvedimenti che vincolino le amministrazioni nazionali (fase discendente delle decisioni comunitarie). In breve, non spiegano che l'Unione europea è divenuta, ormai, importante non solo per il diritto costituzionale, ma anche per il diritto amministrativo di ciascun Paese parte dell'Unione.

In questo scritto, dopo aver posto le premesse storiche e teoriche dell'analisi, si esamineranno lo sviluppo e i principi del diritto amministrativo comunitario, i modi in cui esso influenza i diritti amministrativi nazionali, l'influenza reciproca di tali diritti.

2. *Modelli storici e teorici per l'analisi del diritto amministrativo binario.*

Per comprendere il diritto amministrativo comunitario, bisogna abbandonare il mondo popolato di Stati formatosi nel Rinascimento e consolidatosi nell'Ottocento, con l'affermarsi dei nazionalismi e la nascita dei diritti amministrativi, e ritornare all'età medioevale, popolata da più ordinamenti generali (impero, Stati, comuni) concorrenti e al periodo tra il Quattrocento e il Settecento, quando gli Stati, pur avendo acquisito preminenza rispetto agli altri ordinamenti, erano, però, mondi reciprocamente comunicanti. Il modello prestatale può insegnare qualcosa sui rapporti verticali tra ordinamenti, l'altro sui loro rapporti orizzontali.

L'ordine giuridico medievale è caratterizzato dalla presenza di più ordinamenti generali (cioè non limitati a determinate materie e padroni dei propri fini), nessuno dei quali è totalizzante o monopolista. Esso si presenta come una rete di relazioni tra corpi, reciprocamente autolimitantisi. Il diritto non è monopolio di uno solo di questi corpi. Invece, ciascuno dei diversi autonomi poli regola un diverso campo di relazioni intersoggettive. Le relazioni tra gli ordinamenti non sono gerarchizzate. I processi di decisione sono fluidi. Domina il pluralismo.

Più tardi, questa rete di poteri concorrenti si romperà e si

affermerà il monismo imposto dallo Stato, nel quale il diritto discende da un unico centro o potere politico. Nonostante ciò, gli ordinamenti, per molti secoli, non saranno né chiusi, né esclusivi e reciprocamente escludentisi. Permane un « mondo comunicante », nel quale, ove in un Paese, sia la Spagna, o la Francia, o il Regno di Napoli, o Genova, una materia non sia regolata, si può far ricorso al diritto di un altro Paese (*lex alius loci*).

Nell'Ottocento, con il prevalere dei nazionalismi e delle codificazioni, si affermerà il principio della completezza di ogni ordinamento giuridico, che deve cercare in se stesso le regole che lo governano.

Questi due riferimenti sono importanti per mettere in una prospettiva storica lo Stato e il diritto da esso prodotto, che è essenzialmente il diritto pubblico e specialmente quello amministrativo (il diritto privato ha una storia molto più lunga, che risale a un'epoca in cui non vi erano Stati), in un momento nel quale allo Stato si sovrappone un ordinamento sovrastatale, come quello comunitario. Ma essi sono importanti anche per fornire utensili teorici alla comprensione di una realtà giuridica che, da un lato, vede posto in dubbio il monopolio statale del diritto, a favore di un'autorità superiore; dall'altro, apre lateralmente l'ordinamento statale, consentendo agli ordinamenti di concorrere tra di loro.

3. *Caratteri fondamentali del diritto amministrativo comunitario.*

Illustrata la relatività storica dei diritti amministrativi statali e individuati i modelli teorici ai quali fare riferimento, passiamo a considerare i caratteri fondamentali del diritto amministrativo comunitario.

Il primo di essi discende da quanto si è finora notato. Essendo quello comunitario un ordinamento extra e sovrastatale, in esso i poteri con i quali si contraddistinguono gli Stati non sono distribuiti allo stesso modo degli Stati. In particolare, il potere esecutivo non è specificamente separato da quello legislativo, per cui nel diritto comunitario non c'è né una precisa separazione tra norma ed esecuzione della norma, né una precisa allocazione del potere di eseguire le norme (come vedremo, tale potere può spettare anche ad altri soggetti, in principio separati dall'ordinamento comunitario).

La circostanza che diritto costituzionale e diritto amministrativo siano indistinti non vuol dire, però, che non vi sia un diritto amministrativo, come si noterà più avanti.

Inoltre, mentre negli Stati vi è un solo esecutivo, nell'ordinamento europeo l'esecutivo è bicefalo, perché fa capo non solo alla Commissione, ma anche al Consiglio, che conferisce alla Commissione il compito di eseguire le norme comunitarie e si può riservare, in casi specifici, tale compito.

In secondo luogo, il diritto amministrativo comunitario è caratterizzato dalla presenza di numerosi princìpi, alcuni discendenti dal diritto comunitario stesso, altri derivanti dai diritti amministrativi nazionali (e introdotti nell'area comunitaria dalla Corte di giustizia). Tali princìpi sono ordinati in due gruppi, dei quali il primo prevale sul secondo.

Il primo comprende i princìpi di non discriminazione e di parità di trattamento. Essi discendono dall'interesse primario dell'Unione, che è quello di far rispettare condizioni eguali da ordinamenti diversi (cosiddetto livellamento del campo di gioco).

Il secondo gruppo di princìpi è meno importante, perché deriva dagli ordinamenti statali e comprende il principio di legalità (l'Unione è una comunità di ordinamenti giuridici, quindi i suoi atti debbono essere conformi al diritto), il diritto di essere ascoltati, l'obbligo di motivazione (degli atti amministrativi, ma anche di quelli normativi), il principio di proporzionalità (non si possono imporre obblighi in misura superiore a quella strettamente necessaria all'interesse pubblico che l'Unione deve realizzare) e quello di sussidiarietà, la tutela delle aspettative legittime.

In terzo luogo, il diritto amministrativo comunitario è caratterizzato dalla presenza di un apparato amministrativo, la Commissione. Come osservato, essa non è, in senso stretto, organo di mera esecuzione, in quanto svolge anche altri compiti (ad esempio, propone norme). Né svolge da sola l'attività esecutiva (come si noterà, questa viene svolta anche da amministrazioni statali, secondo il modello dell'esecuzione congiunta o della coamministrazione). Ma anche negli ordinamenti statali le amministrazioni non svolgono solo funzione di esecuzione di norme (esse, ad esempio, hanno potere regolamentare), né hanno il monopolio dell'esecuzione, perché, per

provvedervi, possono sia utilizzare uffici di altri apparati, sia ricorrere a privati definiti concessionari.

La Commissione, che costituisce un apparato complesso (è articolato in più di venti direzioni generali e si vale di circa 15mila dipendenti), è integrata da più di mille comitati consultivi o di gestione (presieduti da funzionari comunitari e composti da funzionari nazionali, con compiti istruttori) ed affiancata da una costellazione di circa trenta autorità o agenzie, spesso collocate in sedi diverse da Bruxelles (principale tra gli organismi indipendenti il Sistema europeo delle banche centrali, che è una organizzazione composta). Delle agenzie, alcune hanno compiti di coordinamento, altre, invece, svolgono attività finali, nel senso che svolgono servizi diretti a privati (ad esempio, l'Agenzia europea per i prodotti farmaceutici che ha sede a Londra).

Le caratteristiche salienti della organizzazione europea riguardano i suoi rapporti con le amministrazioni nazionali. Per un verso, essa costituisce un più alto livello di amministrazione, ma comprende al suo interno — come si è notato — un grande numero di comitati transnazionali, composti di dipendenti di amministrazioni nazionali. All'aspetto verticale si aggiunge, dunque, lo sviluppo orizzontale, costituito dalla collaborazione organizzativa e funzionale degli apparati nazionali, nell'ambito delle strutture europee. Per altro verso, tra gli organi comunitari vi sono numerosi collegi misti, composti non di persone, ma di organi o di enti nazionali, che, quindi, costituiscono sistemi comuni. Gli apparati nazionali sono rappresentati, nell'amministrazione europea, nel primo caso, da persone, nel secondo caso da organi o enti.

Il quarto aspetto rilevante è costituito dalle funzioni. Gli apparati sopra indicati erano in principio a competenze di attribuzione, nel senso, cioè, che avevano solo le limitate funzioni loro attribuite espressamente dai Trattati. Poi, utilizzando i poteri impliciti di cui all'art. 235 del Trattato e la tecnica della comunitarizzazione dei princìpi della disciplina (inquadramento comunitario di materie nazionali), specialmente grazie all'azione della Corte di giustizia, le competenze amministrative comunitarie sono andate ampliandosi, fino al riconoscimento di funzioni estranee all'economia (ad esempio, ambiente e istruzione professionale) e al deciso (ma limitato)

ampliamento del 1992 alle funzioni sovrane (moneta, difesa, affari esteri, ordine pubblico e giustizia).

Il quinto e più importante aspetto riguarda il procedimento di esecuzione (l'attività amministrativa comunitaria). Qui va distinta l'attività strumentale da quella finale. Per la prima, la Commissione procede direttamente. Per la seconda, possono darsi casi (limitati) di attività diretta e casi (più frequenti) di attività indiretta. In questi ultimi, la Commissione opera avvalendosi degli uffici amministrativi degli Stati, in virtù dell'obbligo degli Stati di assicurare l'attuazione del diritto comunitario (art. 155 del Trattato) e dell'obbligo di leale cooperazione (art. 5 del Trattato), in base al quale uno Stato membro non può giustificare le proprie inosservanze agli impegni derivanti a suo carico dal diritto comunitario appellandosi a norme o situazioni del proprio ordinamento interno.

In base a questi princìpi, la Commissione ha accresciuto i suoi poteri divenendo un vero e proprio controllore dell'esecuzione, da parte degli Stati, delle decisioni comunitarie. Questo accrescimento è stato prodotto da esigenze diverse, come quella di verificare le modalità di utilizzazione delle risorse comunitarie, quella di garantire che l'attuazione del diritto comunitario non avvenga in modo discriminatorio, quella di assicurare, in qualche caso, l'esecuzione di decisioni urgenti. Non è stata estranea, in molti casi, la sfiducia nella capacità di dare attuazione al diritto comunitario da parte di alcune amministrazioni (che ha, però, condotto all'introduzione di meccanismi di supervisione generalizzati, non relativi soltanto agli Stati solitamente inadempienti).

La distinzione di compiti tra Commissione e amministrazioni nazionali assume, però, forme diverse settore per settore, non essendovi un criterio generale fissato dal diritto comunitario primario. Così la Commissione definisce compiti della Commissione stessa e compiti dell'amministrazione statale, stabilisce modalità di attuazione (fino a stabilire quali requisiti deve avere l'organizzazione nazionale incaricata dell'esecuzione), fissa termini, determina criteri per l'esecuzione, regola le procedure di esecuzione, stabilisce obblighi di informazione, ispeziona, controlla l'attività ispettiva nazionale, accerta le infrazioni, irroga le sanzioni. Tutto ciò non solo varia settore per settore, ma è determinato con atti diversi, da regolamenti e direttive, a « *soft law* », a pratiche, a decisioni giurisprudenziali.

La parte disciplinata dal diritto comunitario primario è quella relativa alle infrazioni. Ciò è comprensibile, trattandosi di attività diretta ad accertare inadempimenti ed irrogare sanzioni a Stati. Ma anche in questo caso non c'è una disciplina uniforme. Vi è la procedura generale dell'art. 169 del Trattato. Poi c'è un gruppo di procedure speciali, come quella dell'art. 93 sugli aiuti statali, quella dell'art. 90.3 sulle regole di concorrenza, quella dell'art. 104 C sul controllo dei deficit e dei debiti eccessivi, nonché quella prevista dalle direttive sui contratti delle pubbliche amministrazioni e quella prevista dalla direttiva 83/189 relativa alla procedura di controllo della conformità delle nuove tecniche nazionali alle norme comunitarie (queste ultime due sono procedure regolate dal diritto comunitario derivato o secondario).

Infine, vi sono le procedure che vanno oltre il modello dell'art. 169, come quelle relative ai conti del FEOGA, all'attuazione della disciplina del trasporto aereo, alla protezione della salute e alla sicurezza, ecc.

Pur nella diversità delle discipline di settore e delle diverse procedure di accertamento delle infrazioni e di irrogazione delle sanzioni, l'esecuzione nazionale è retta da un principio generale, quello per cui l'esecuzione non può condurre a discriminazioni o disparità di trattamento, per cui deve avvenire in modo uniforme; dunque, la disciplina comunitaria prevale su quella nazionale e la Commissione è legittimata a svolgere controlli sull'applicazione non discriminatoria delle decisioni comunitarie.

Il complesso modo di esecuzione prescelto dalla costituzione europea produce numerose conseguenze. Innanzitutto, il posto delle amministrazioni nazionali (compiti, procedure, termini, ecc.) non è più assegnato dagli Stati, ma dalla Commissione, perché questa è responsabile ultima dell'attuazione delle decisioni comunitarie.

In secondo luogo, la discrezionalità amministrativa nazionale non si svolge, come d'abitudine, solo nell'ambito della legge, bensì anche nell'ambito delle direttive e dei vincoli posti dall'amministrazione comunitaria, che ha la responsabilità primaria dell'esecuzione. Da qui discende che lo stesso principio di legalità assume, nell'ordinamento interno, caratteristiche diverse, essendo parametro del comportamento legittimo delle amministrazioni pubbliche nazionali

non più solo la norma nazionale, bensì anche la decisione comunitaria.

In terzo luogo, i rapporti di gerarchia e di cooperazione tra Stati e Unione sono tali che, mentre i primi prevalgono collettivamente, la seconda prevale singolarmente, essendo ciascuna amministrazione nazionale subordinata alla Commissione e ai suoi poteri di controllo dell'esecuzione. Il modello che ne discende è diverso da quello della subordinazione gerarchica, ma è anche diverso da quello della collaborazione paritaria, in quanto la *partnership* si realizza sotto la responsabilità della Commissione, che rimane garante della attuazione.

In quarto luogo, tra normazione comunitaria e amministrazione nazionale si interpone una vera e propria amministrazione comunitaria che, pur svolgendo compiti di secondo grado (non fa, ma fa fare, secondo la nota espressione di Jean Monnet), non è per questo meno amministrazione.

La sesta caratteristica del diritto amministrativo comunitario è costituita dalla giustizia amministrativa. Per questa, il diritto comunitario non ha seguito il modello francese e italiano (dualismo giurisdizionale o giurisdizione amministrativa *ad hoc*), ispirandosi, invece, a quello della cosiddetta giurisdizione unica per cui è indifferente la distinzione tra situazioni giuridiche da tutelare (ciò che produce non pochi effetti in ordinamenti, come quello italiano, fermi alla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi). La Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado sono, dunque, anche giudici amministrativi.

In quanto giudici amministrativi, queste corti sono pervenute ad affermare principi di grande portata per i diritti amministrativi nazionali, come quello della responsabilità degli Stati (meglio, dei governi) per la mancata attuazione di direttive comunitarie (1991), quello della tutela cautelare effettiva (1990), quello della impugnabilità dinanzi ai giudici nazionali degli atti del procedimento parti di una sequenza che si conclude con un provvedimento amministrativo comunitario (1992).

4. *Modalità di incidenza sui diritti amministrativi nazionali.*

Come influisce il diritto amministrativo comunitario su quelli nazionali?

In primo luogo, il diritto comunitario ridefinisce l'ambito e l'estensione dell'area pubblica. Ciò avviene in due modi. Da un lato, attraverso la nuova disciplina dei servizi pubblici nazionali, che, secondo il diritto comunitario, passano dal regime della riserva originaria (o — se si preferisce — del monopolio pubblico) a quello della libertà di iniziativa e della concorrenza. Ciò comporta che organizzazioni e attività prima necessariamente pubbliche e in regime privilegiato divengano private o almeno perdano il regime di privilegio.

Dall'altro, il diritto comunitario definisce la nozione di pubblica amministrazione nazionale. Per l'applicazione dell'art. 48.4 del Trattato, relativo all'impiego pubblico, delle direttive sui contratti delle pubbliche amministrazioni e delle direttive sull'Iva, norme e giurisprudenza comunitarie hanno stabilito che può intendersi come pubblica amministrazione l'apparato chiamato a curare gli interessi generali dello Stato o ad esercitare poteri autoritativi (dunque, scuole, ospedali, trasporti, ecc. non fanno parte della pubblica amministrazione secondo il diritto comunitario).

E vero che — come è stato osservato — la nozione comunitaria di pubblica amministrazione è a geometria variabile, mutando di settore in settore. Ma è vero, altresì, che caratteristiche comuni delle diverse definizioni sono quella di ricorrere a criteri sostanziali (non basta l'appartenenza di un apparato a un ente definito pubblico) e, conseguentemente, quella di delimitare l'area pubblica in termini più ristretti di quelli del diritto interno.

In secondo luogo, il diritto amministrativo comunitario costituisce un ordine che si sovrappone a quello statale, stabilendo principi ai quali quest'ultimo deve attenersi: si va dai principi fissati con norme (ad esempio, « chi inquina paga »), che operano su norme nazionali, a quelli fissati in sede amministrativa, che agiscono sulle amministrazioni nazionali. Vi è, quindi, un parallelismo legislazione (comunitaria - nazionale) amministrazione (comunitaria-nazionale), accanto all'innesto legislazione comunitaria-amministrazione nazionale.

In terzo luogo, il diritto amministrativo comunitario agisce doppiamente sui diritti amministrativi nazionali. Per un verso, stabilisce principi e modelli procedimentali ai quali questi debbono attenersi comunque, sia che operino nella cura di interessi nazionali,

sia che operino nella cura di interessi comunitari (ad esempio, la necessità di gare aperte o ristrette per la scelta dei contraenti, perché non vi siano discriminazioni a danno di soggetti di ordinamenti statali diversi da quello che stipula il contratto). Per altro verso, subordina — come si è notato — l'amministrazione nazionale, trasformandola in esecutrice di quella comunitaria, per cui possono esservi amministrazioni strutturalmente nazionali, funzionalmente comunitarie. In questo senso, il diritto amministrativo nazionale è mobilitato per la cura di interessi pubblici comunitari.

In quarto luogo, il diritto amministrativo comunitario penetra nel corpo dello Stato, stabilendo, ad esempio, i criteri del legame tra pubblici dipendenti e pubblica amministrazione. La libertà di circolazione, che può incontrare un limite nell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, richiede, infatti, che venga stabilito il confine tra l'area aperta e quella, invece, protetta. Ne deriva la necessità di definire in sede comunitaria chi possa intendersi dipendente pubblico e chi non possa esserlo.

5. *L'apertura laterale dei diritti amministrativi nazionali.*

L'ordinamento binario, su due livelli, del diritto amministrativo produce almeno due effetti. Uno è l'effetto di conformazione: i sistemi nazionali, pur se non obbligati, saranno portati a darsi ordinamenti similari a quello superiore: ad esempio, in quasi tutti i paesi dell'Unione vi è ora un'autorità incaricata di far rispettare la concorrenza. Il secondo è l'effetto di imitazione: i sistemi nazionali, una volta stabilito un minimo comune determinatore, potranno più facilmente trapiantare istituti propri di altri diritti amministrativi nazionali.

Ma questi sono effetti che si producono di fatto. Accanto ad essi ve n'è un altro che si produce di diritto: ci si riferisce al principio del mutuo riconoscimento. Secondo il diritto comunitario, in particolari settori (si noti il modo di procedere empirico dell'Unione), una volta che siano stati stabiliti alcuni principi comuni (una armonizzazione minima), può esservi uno scambio o concorrenza di istituzioni nazionali direttamente tra di loro, non mediata attraverso il diritto comunitario. Ne deriva che un'impresa italiana può far certificare un

farmaco nel Regno Unito o che un'autorizzazione bancaria rilasciata in Spagna è valida anche in Italia.

Da questo deriva una progressiva, anche se lenta convergenza reciproca dei diritti amministrativi nazionali, nonché una facilitazione della scelta del diritto che presenta maggiore convenienza per il privato. L'effetto duplice, sulle istituzioni e sui privati, produce un fenomeno definito « arena pubblica », nella quale sono mescolate la circolazione degli istituti tra gli ordinamenti e la scelta da parte dei privati degli ordinamenti e delle norme da applicare.

6. *Conclusioni.*

Esaminate, in primo luogo, le caratteristiche principali del diritto amministrativo comunitario; poi, il modo in cui esso influisce, verticalmente, su quelli nazionali; infine, gli effetti che esso produce sui rapporti reciproci tra diritti amministrativi nazionali, a causa dell'inquadramento comune da esso operato, non resta che tirare le conclusioni della breve analisi, ritornando alle premesse storico-teoriche iniziali.

S'era detto dei due modelli, quello medievale e quello affermatosi con gli Stati, prima che questi fossero conquistati dai nazionalismi e dal positivismo. Il primo caratterizzato dalla presenza di più centri di produzione di norme, non gerarchizzati, ma ordinati a rete. Il secondo contraddistinto dalla presenza di ordinamenti generali non reciprocamente escludentisi, ma aperti l'uno all'altro.

Nelle relazioni Commissione-amministrazioni nazionali e in quelle tra amministrazioni nazionali si ripresentano elementi propri dei due modelli.

Le relazioni Commissione della Unione europea-amministrazioni nazionali non sono improntate al principio gerarchico. I due ordini svolgono funzioni in parte simili, in parte diverse. Non sono costruiti come cerchi concentrici, in cui quello più ampio subordina al proprio diritto quello più ristretto. Non sono estranei l'uno all'altro, perché l'ordine nazionale contribuisce alla formazione delle decisioni di quello sovranazionale, poi, alla loro esecuzione. Collaborano, ma su una posizione strutturalmente paritaria, funzionalmente subordinata.

Le relazioni tra le amministrazioni nazionali, a loro volta, non

sono improntate al principio di mutua esclusione. Da un lato, infatti, il principio del controllo del Paese d'origine comporta l'inserzione, in un ordinamento amministrativo nazionale, di decisioni di altro ordinamento (ad esempio, una autorizzazione data ad una banca spagnola dall'autorità creditizia di quel Paese produrrà effetti anche in quello italiano). Dall'altro, la possibilità riconosciuta al soggetto di un Paese di ottenere servizi o autorizzazioni, in altri Paesi, che discende dal principio del mutuo riconoscimento, mette in concorrenza le amministrazioni nazionali.

L'assetto descritto è lontano dall'essere compiuto. Ma un certo grado di incompletezza è anch'esso caratteristico di questo tipo di ordinamenti, come lo era dell'ordinamento medievale e di quelli che gli sono succeduti.

Nota bibliografica

1. Hanno segnalato alcuni elementi di continuità tra modello medievale e modello comunitario A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in *Foro it.*, 1996, col. 14 e L. MOCCIA, *Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 213 nonché L. MOCCIA, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (per una teoria dell'ordinamento giuridico « aperto »)*, *ivi*, 1996, p. 181.

2. Sul modello organizzativo medievale, M. ASCHERI, *Istituzioni medievali: una introduzione*, Bologna, 1994; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale, Roma*, 1995; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995 e *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini*, n. 25, 1996, p. 267.

3. Sul modello dei « mondi comunicanti » e sulla *lex alius loci*, G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un « luogo più vicino » nell'ambito del diritto comune europeo*, ora in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, p. 619.

4. Sulla formazione del modello europeo, A.S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, London, 1992.

5. Sul diritto amministrativo comunitario e sull'influenza sui diritti nazionali, S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, p. 3; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 769; S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 467; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992 *e Deve-*

loping Principles of European Administrative Law, in *Public Law*, 1993, p. 229; AA.VV., *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administracio Publica de Catalunya, 1993; S. CASSESE, *L'architettura costituzionale della Comunità europea dopo Maastricht e il posto dei poteri locali*, in *Reg. gov. loc.*, n. 1/2, 1993, p. 3; S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, p. 329; S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa, per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, tomo I, p. 501; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993, II ed.; R. DEHOUSSE, *From Community to Union*, in R. DEHOUSSE (ed.), *Europe after Maastrich*t, Muenchen, 1994, p. 5; D. CURTIN-T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of H.G. Schemers*, Dordrecht, 1994; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 17; S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 915; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 869; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 789; M.P. CHITI, *La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o « Monstro simile »*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 591 e G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005.

6. Sulla sussidiarietà, S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, col. 373; C. FRANCHINI, *La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarietà alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, p. 669.

7. Sulla convergenza, ha espresso una opinione dissenziente (ma sbagliata) P. LEGRAND, *European Legal Systems are not converging*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, n. 1, 1996; P. LEGRAND, *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 3.

8. Sul principio di legalità dell'attività amministrativa comunitaria, D. TRIANTAFYLLOU, *Des competences d'attribution au domaine de la loi*, Bruxelles, 1997.

9. Sull'esecuzione del diritto comunitario, A. GIL IBANEZ, A *Comparative Study of the Roles of the Commission and National Administrations in the Supervision and Enforcement of EC Law*, Firenze, Istituto universitario europeo, Dipartimento giuridico, 1996 (tesi non pubblicata); T. DAINTITH (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom*, Chichester, 1995.

10. Sui procedimenti amministrativi comunitari, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europe*o, in F. BIGNAMI-S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004.

11. Sui mutamenti dei servizi pubblici, S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, p. 5.

12. Sulla definizione comunitaria di pubblica amministrazione, S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 915.

13. Sul problema della cittadinanza e sullo Stato-nazione ridefinito in sede comunitaria, S. CASSESE, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 88.

14. Sul diritto ambientale comunitario, S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995.

15. Sulla giustizia amministrativa comunitaria, R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, nonché il fascicolo su *La giustizia comunitaria e la giustizia europea dei diritti dell'uomo*, in *Guida al diritto*, n. 8, 1996.

16. Sulle agenzie comunitarie (oltre alle prime considerazioni di K. LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: « Delegation of Powers » in EC*, in ELR, 1993, p. 23); A. KREHER-F. MARTINES, *Le « agenzie » della Comunità europea: un approccio nuovo per l'integrazione amministrativa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 97; C. FRANCHINI, *Le relazioni tra le agenzie europee e le autorità amministrative nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 15; M. *Shapiro*, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti e Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 667 e R. DEHOUSSE, *Regulation by Network in the European Community: the Role of European Agencies*, *paper* non pubblicato.

VI.

CRISI E TRASFORMAZIONI

LE NUOVE TENDENZE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Per comprendere le nuove tendenze del diritto amministrativo, è necessario illustrare previamente tre dati costituzionali.

Il primo è costituito dal fatto che sette degli otto referendum del 1993 riguardavano la pubblica amministrazione. Quindi, nel 1993 si consuma un evento costituzionale importante, e cioè si supera la riserva di legge in materia di organizzazione della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), per giungere ad una sorta di riappropriazione popolare della pubblica amministrazione; i sette referendum, in qualche modo, rappresentano questa volontà.

Il secondo evento costituzionale è rappresentato dalla introduzione, sempre nel 1993, di un sistema di scrutinio maggioritario: è la c.d. riforma elettorale, che in realtà è una riforma della formula elettorale, ossia, come dicono con maggiore precisione i francesi, del modo di scrutinio. Si è introdotto un modo nuovo di scrutinio maggioritario, a livello nazionale e locale, ma con uno o due turni, con un maggioritario diverso, ed, inoltre, con un'altra differenza: mentre per le amministrazioni locali è stato modificato sia il modo di scrutinio, sia la forma di governo, per il sistema nazionale non è stata modificata la forma di governo. Si è così modificato il modo di partecipazione popolare, ma non il modo in cui il popolo interrogato ed i suoi rappresentanti vengono a ripartire i loro poteri. Così il sistema elettorale è stato concepito come una variabile indipendente.

Il terzo evento costituzionale, anch'esso importante, è costituito dal fatto che il primo esperimento di governo maggioritario a livello nazionale, da un lato, ha mostrato che questo tipo di governo è finito con rotture interne e con il Presidente del Consiglio costretto a continue mediazioni e compromessi come i governi consensuali; dall'altro, ha mostrato le forti tensioni tra una Costituzione di impianto proporzionalistico e un sistema elettorale basato sul modo di scrutinio maggioritario.

Su questo sfondo si colloca una fase di cambiamento rapidis-

simo della pubblica amministrazione, a partire dall'inizio degli anni novanta. I mutamenti riguardano: la disciplina normativa della pubblica amministrazione (ossia, secondo una vecchia terminologia, il sistema delle fonti) e l'assetto di particolari settori; il rapporto tra politica e amministrazione; le dimensioni dell'area soggettivamente pubblica; lo statuto del personale pubblico; la disciplina del procedimento; il regime dei controlli; i legami della pubblica amministrazione con la Comunità europea; ed infine i rapporti della pubblica amministrazione con gli utenti.

In primo luogo, muta la *disciplina normativa della pubblica amministrazione*, sotto tre profili. Il primo è rappresentato da una forte delegificazione dell'amministrazione; il secondo è quello costituito dall'adozione di leggi generali; il terzo è dato dall'attribuzione di potestà statutaria a enti autonomi (che prima non l'avevano).

Per quanto riguarda la delegificazione dell'organizzazione della attività amministrativa, va ricordata, innanzitutto, la legge n. 537 del 1993, ove, all'art. 1, secondo comma, lettera *l*), viene attribuita al governo ed ai ministri la potestà regolamentare in materia di organizzazione e controlli. Inoltre, va ricordata l'attribuzione al governo del potere di regolamentare l'organizzazione dei comitati interministeriali, drasticamente ridotti dal d.P.R. n. 373 del 1994, e delle relative materie. Infine, vi è l'attribuzione di potere regolamentare sui procedimenti (*ex* art. 2, settimo comma). Quindi, la norma legislativa, da un lato, razionalizza la disciplina previgente. Dall'altro, spoglia il legislatore della funzione legislativa, e, quindi, amplia l'area di azione del potere regolamentare dell'esecutivo. Dunque, altera il riparto di attribuzioni affermatosi in precedenza, basato sulla legge (e, quindi, sul Parlamento).

Il secondo profilo è costituito dall'esordio, nella storia italiana, delle leggi generali sulla pubblica amministrazione. In particolare, sono autentiche norme generali quelle contenute nella legge n. 241 del 1990, nel decreto legislativo n. 29 del 1993 (modificato dai c.d. decreti correttivi 470 e 546), nelle leggi 19 e 20 del 1994 (sui controlli) e nella legge n. 142 del 1990 (sulle amministrazioni locali).

Prima di tali leggi, si poteva considerare generale, forse, solo la legge sulla contabilità dello Stato, che era una norma onnicomprensiva, relativa ad una fase del procedimento amministrativo. Ma essa, per via dell'erosione operata dalle norme derogatorie, era generale

solo nella forma, mentre, nella sostanza, trovava applicazione solo in un numero limitato di casi.

Ora, invece, abbiamo, per esempio, una norma (l'art. 1, secondo comma del decreto legislativo n. 29 del 1993) che definisce il concetto di pubblica amministrazione. A tale norma fanno riferimento le normative successive, come, per esempio, quella sull'applicazione della legge n. 537 del 1993, quella, recentemente approvata, sulle « authorities » nel settore della regolamentazione dei servizi pubblici (legge n. 481 del 1995). Tale norma è infatti una norma, per così dire, programmatica.

Il terzo profilo rappresenta un fenomeno nuovo nell'Italia moderna, ma già noto nell'Italia dei Comuni: l'attribuzione di potestà statutaria a enti autonomi. Si tratta non più di una potestà fittizia, come quella di cui già godevano molti enti e che consisteva nella possibilità per l'ente di darsi uno statuto che — nella maggior parte dei casi — non poteva che consistere nella ripetizione di disposizioni contenute nella norma primaria. Il riconoscimento di una autentica potestà statutaria è contenuto nella legge n. 142 del 1990 sulle autonomie locali, in quella n. 186 del 1989 sull'Università, nella già citata legge n. 537 del 1993, che ha concesso autonomia agli istituti scolastici (artt. 4, sesto e settimo comma) e autonomia finanziaria alle Università (art. 5). Inoltre, per quanto riguarda l'assetto di particolari settori, si possono ricordare, per quanto riguarda le acque, la legge n. 183 del 1989, il d.lgs. n. 275 del 1993 e la legge n. 36 del 1994 (c.d. legge Galli); per il settore della sanità il d.lgs. n. 502 del 1992; ed, infine, il nuovo codice della strada (d.lgs. n. 285 del 1992).

Quindi, il primo mutamento è radicale: oggi la disciplina della pubblica amministrazione non è più normativa, ma composta, in primo luogo, da atti di autonomia (e non di eteronomia), ed, in secondo luogo, da leggi generali.

Il secondo punto è quello dei *rapporti tra politica e pubblica amministrazione.* Anche tale fenomeno si può esaminare scindendolo in più aspetti: un primo relativo ai poteri indipendenti; un secondo relativo alla separazione tra indirizzo e controllo, da un lato, e gestione, dall'altro.

Il primo aspetto è quello dei poteri indipendenti (che vengono più comunemente chiamati autorità amministrative indipendenti): con la legge n. 223 del 1990 (c.d. legge Mammì) viene istituito il

Garante della radiodiffusione e dell'editoria (già Garante dell'editoria); con la legge n. 146 del 1990 viene istituita la commissione di garanzia per l'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; con la legge n. 287 del 1990 viene istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (c.d. Autorità *antitrust*); infine, con la legge n. 481 del 1995 viene istituita l'Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. I poteri indipendenti sono una forma di separazione tra politica ed amministrazione. Essi, inoltre, ripartiscono la politica tra più corpi, alcuni dei quali sono non ad investitura popolare, bensì tecnica (i poteri indipendenti appunto), chiamati ad esercitare la funzione di custodi indipendenti di particolari interessi collettivi.

Il secondo aspetto è quello della separazione tra indirizzo e controllo, da un lato, e gestione, dall'altro. Innanzitutto, nell'art. 51, secondo comma, della legge n. 142 del 1990, si stabilisce il principio per cui i poteri di indirizzo e controllo spettano agli organi politici, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti; poi, nell'art. 3, primo e secondo comma, del d.lgs. n. 29 del 1993, viene stabilito che gli organi di governo definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. Ai dirigenti spetta, invece, la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati. Quindi, delle tre fasi di cui consiste ogni attività amministrativa — e cioè il disegno, la gestione e il controllo della realizzazione del disegno nel corso della gestione — la prima e la terza vengono attribuite al corpo politico, mentre la seconda viene attribuita al corpo amministrativo.

L'idea di tale separazione è maturata sulla base della esperienza delle nazionalizzazioni inglesi, nelle quali si distingueva tra la *policy* (e cioè l'indirizzo) e il *day-to-day management* (cioè la gestione quotidiana). Tuttavia lì tale idea è stata abbandonata perché, da un lato, le *public corporations* sono state privatizzate, e, dall'altro lato, nella pubblica amministrazione gli inglesi hanno introdotto una separazione della politica e dell'amministrazione molto maggiore, con la creazione delle *next steps agencies* (così dette in base al

documento con il quale il governo ha lanciato questo programma). Quindi, la separazione di indirizzo e controllo, da un lato, e di gestione, dall'altra, rappresenta solo un primo passo.

Il terzo mutamento è quello relativo alle *dimensioni dell'area soggettivamente pubblica* (gli inglesi lo chiamano *rolling back the State frontiers*, ossia far arretrare le frontiere dello Stato). In Italia siamo ancora in una fase preparatoria. Tuttavia, si può registrare la riduzione del numero dei ministeri e degli enti pubblici. Il numero dei ministeri è passato da 22 a 19, in quanto i referendum del 1993 hanno soppresso tre ministeri: quello per le partecipazioni statali, quello per il turismo e lo spettacolo (cui sono subentrati due appositi dipartimenti istituiti presso la Presidenza del Consiglio dei ministri), quello per l'agricoltura (tuttavia, quest'ultimo è stato poi sostanzialmente ricostituito, ed è divenuto Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali). Il Dipartimento per il mezzogiorno è stato, invece, soppresso per prevenire un altro referendum. Vi sono stati, poi, i decreti presidenziali che hanno provveduto alla ricognizione di tali soppressioni: così per esempio, il d.P.R. n. 174 del 1993 per le partecipazioni statali. La legge n. 537 del 1993 ha soppresso il Ministero della marina mercantile. Inoltre, l'art. 1, secondo comma, lettera *b*) della legge n. 537 del 1993 ha prefigurato una ulteriore razionalizzazione: vi si stabilisce l'unificazione di ambiente e territorio, dei ministeri dell'economia, dell'informazione, cultura e spettacolo e del governo della spesa. Ciò significa, riguardo al governo della spesa, che dei due ministeri che se ne occupano — e cioè il Ministero del tesoro e quello del bilancio e programmazione economica — uno andrebbe soppresso. Lo stesso vale per l'economia, in quanto vi sono un Ministero del commercio con l'estero, uno dell'industria ed, infine, quella parte del Ministero dei lavori pubblici che si occupa degli aspetti produttivi. La legge n. 537 del 1993 ha un valore programmatico, ma non ha trovato attuazione nei decreti delegati i cui schemi erano stati predisposti nei primi mesi dei 1994, in quanto il governo Berlusconi si è fatto sfuggire uno degli strumenti fondamentali di razionalizzazione.

La diminuzione degli enti pubblici è avvenuta a mezzo dei due strumenti della privatizzazione o della soppressione. Le privatizzazioni hanno ad oggetto la natura giuridica del soggetto; le soppressioni, invece, fanno cessare l'esistenza del soggetto medesimo. Per

esempio, la legge n. 218 del 1990 (seguita dal d.lgs. n. 356 del 1990), che ha fatto sì che più di cento banche pubbliche divenissero società per azioni; il decreto legge n. 333 del 1992 (convertito con legge n. 359 del 1992), che ha consentito la trasformazione di Iri, Eni, Ina e Enel; il decreto legge n. 118 del 1993 (convertito con legge n. 202 del 1993); la citata legge n. 537 del 1993, che, all'art. 1, trentatreesimo comma, lettera *a*), n. 4, ha consentito l'emanazione del d.lgs. n. 509 del 1994, che ha privatizzato sedici enti previdenziali. Inoltre, la legge n. 537 del 1993, all'art. 1, quarantatreesimo comma, ha soppresso l'opera dei ferrovieri (OPAFS); e, all'art. 1, trentaduesimo e trentacinquesimo comma, ha previsto ulteriori deleghe per la fusione, incorporazione e privatizzazione di enti pubblici previdenziali e di enti pubblici non economici.

La privatizzazione dà luogo a due tipi di soggetti, e cioè a società per azioni (regolate dal codice civile), oppure ad associazioni o fondazioni (regolate anch'esse dal codice civile), anche se per gli enti previdenziali è possibile scegliere solo fra queste ultime due possibilità. Quindi, parafrasando la frase del civilista francese Ripert (« tout devient droit public ») si potrebbe dire che tutto diventa diritto privato: l'intero sistema bancario è ormai costituito da soggetti privati, ed il sistema previdenziale vede oggi soggetti privati accanto a quelli pubblici.

In contrapposizione a questa tendenza, vi è quella alla costituzione di due tipi di enti, di regolazione e controllo, e di erogazione. Tra i primi, l'Autorità per l'informatica, costituita con d.lgs. n. 39 del 1993; l'Agenzia per la rappresentanza negoziale della pubblica amministrazione (Aran), costituita dall'art. 50 del d.lgs. n. 29 del 1993; l'Agenzia per l'ambiente; le Autorità per i servizi di pubblica utilità, nei settori dell'energia elettrica e gas e delle telecomunicazioni (legge n. 481 del 1775). Tra gli enti di erogazione, l'Inpdap, l'Ipsema e le Autorità di bacino introdotte con una legge del 1989.

Anche alcuni di questi cambiamenti sono retti da norme programmatiche. Per esempio, la legge sulle *authorities* per i servizi di pubblica utilità trova la sua origine (oltre che nell'art. 1-*bis* della legge n. 474 del 1994) nell'art. 1, secondo comma, lettera *n*), della legge n. 537 del 1993, che stabilisce « l'attribuzione agli organismi indipendenti di funzioni di regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico, anche mediante il trasferimento agli stessi di

funzioni attualmente esercitate da ministeri o da altri enti, nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio ed utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria ».

Il quarto mutamento è relativo allo *statuto del personale.* Da un lato, magistrati, dirigenti generali e professori universitari rimangono regolati dalle leggi già esistenti; dall'altro lato, per tutte le altre categorie di personale pubblico, sono stati introdotti notevoli cambiamenti. Viene operata una grande ripartizione: in ordine ad alcune materie, troverà applicazione la legge, in ordine alle altre, solo il contratto. Le materie riservate alla legge sono, sulla carta, sette, ma, in sostanza, sono solo tre o quattro: identificazione del responsabile del procedimento; selezione e conferimento della titolarità dell'ufficio; tutela della libertà delle manifestazioni del pensiero del dipendente pubblico; responsabilità; incompatibilità e cumulo di cariche pubbliche. L'art. 2, secondo comma, del d.lgs. n. 29 del 1993 stabilisce che « i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, salvi i limiti stabiliti dal presente decreto per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate ». Quindi, si ha un mutamento radicale, in quanto si sostituisce, all'impiego pubblico, un rapporto di lavoro privato con le pubbliche amministrazioni: il soggetto è pubblico, ma il rapporto diviene privato.

Inoltre, l'art. *2-bis* del citato testo legislativo stabilisce che « eventuali norme di legge, intervenute dopo la stipula di un contratto collettivo, cessano di avere efficacia, a meno che la legge non disponga espressamente in senso contrario, dal momento in cui entra in vigore il successivo contratto collettivo »: viene così affermato, per la prima volta in Italia, il principio che la legge è recessiva rispetto al contratto.

Dal punto di vista della forma, tutto ciò costituisce un processo di privatizzazione e di contrattualizzazione. Dal punto di vista della sostanza, è una forma di pareggiamento del rapporto Stato-dipendenti al rapporto di lavoro privato. Lo Stato, nel rapporto di lavoro, non è più lo Stato-regolatore, ma Stato-parte: non è più, contemporaneamente, parte del rapporto di lavoro e fonte unilaterale della disciplina.

Tuttavia, questo processo di c.d. privatizzazione, non arriva al punto di consentire l'esistenza di contratti che possano regolare dipendenti dei ruoli della pubblica amministrazione e dipendenti che lavorano con privati.

Nella stessa direzione del pareggiamento vanno anche le disposizioni della legge n. 537 del 1993, che, all'art. 2, quarantasettesimo e cinquantunesimo comma, prevede il c.d. licenziamento del dipendente pubblico, articolato in tre fasi: collocamento in disponibilità, mobilità, e collocamento a riposo.

Il quinto fatto nuovo di questo periodo è la *disciplina del procedimento.* Anche in precedenza il procedimento amministrativo era disciplinato, ma da tante leggi di specie e dalla giurisdizione, che lavorava per figure sintomatiche. Ora vi è, invece, la legge n. 241 del 1990 che provvede ad una disciplina legislativa uniforme, unitaria e generale del procedimento. Tale disciplina è ispirata al modello giurisdizionale, per cui vi sono i principi della comunicazione dell'inizio del procedimento, dell'intervento nel procedimento, dell'obbligo di motivazione e dell'accesso agli atti amministrativi. È però, in parte ispirata anche al modello efficientistico, specie per quanto riguarda i termini per decidere, il responsabile del procedimento, la conferenza di servizi, gli accordi per la determinazione del contenuto degli atti amministrativi e gli accordi sostitutivi di procedimenti.

Anche questa legge è, in qualche modo, programmatica: ha costituito, ad esempio, la base normativa alla quale la legge n. 537 del 1993, attraverso alcuni regolamenti di semplificazione, ha fatto riferimento per sostituire gli organi collegiali soppressi con conferenze di servizi (*ex* art. 14 della legge n. 241 del 1990). Quindi, come la legge n. 537 del 1993 costituisce la base a cui si appoggiano altre leggi, come quella per la istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, così la legge n. 241 del 1990 costituisce la base di riferimento per altre leggi, ivi compresa la legge n. 537 del 1993. Questa ha utilizzato la legge n. 241 del 1990 per l'azione di delegificazione, semplificazione, uniformazione ed accelerazione delle procedure (art. 2, settimo comma e seguenti). Le leggi finiscono così per essere una sorta di rete, con molti rinvii interni, che si rafforzano reciprocamente.

Il sesto punto è relativo al *regime dei controlli*, che è mutato in

tre sensi diversi. In primo luogo, si registra l'attenuazione dei controlli preventivi sugli atti dei comuni (legge n. 142 del 1990) delle regioni (d.lgs. n. 40 e n. 470 del 1993) e dello Stato (legge n. 20 del 1994, art. 3, primo comma). Quindi, anche se per mano di tre legislatori diversi, vi è stata una unica linea di marcia.

In secondo luogo, e corrispettivamente, vi è stato un ampliamento del controllo successivo sulla gestione, per mezzo della legge n. 20 del 1994 (art. 3, quarto comma).

In terzo luogo, vi è stata una deconcentrazione del controllo. Il modello è quello inglese. I controlli di un unico organo su tutta la pubblica amministrazione sono poco efficaci, in quanto un solo organismo non può controllare un numero così ampio di soggetti. Quindi, la soluzione è quella di dividere il controllo in due parti: controllo interno e controllo di secondo grado (ossia supervisione sul funzionamento dei controlli) attribuito alla Corte dei conti. Questa idea è espressa in tre leggi tra di loro collegate: il d.lgs. n. 29 del 1993 (nel testo modificato), la legge n. 20 del 1994 (art. 3, settimo comma: « le relazioni della Corte dei conti contengono anche valutazioni sul funzionamento dei controlli interni ») e la legge n. 537 del 1993 (artt. 1, secondo comma, lettera *h*), e art. 1, secondo comma, lettera *i*), n. 4: « previsione di controlli interni e di verifica dei risultati nonché di strumenti di verifica periodica dell'organizzazione »).

Dunque, attenuazione dei controlli preventivi, ampliamento del controllo successivo, deconcentrazione dei controlli, con divisione del controllo in due parti: controllo « sul campo » e controllo « sui controllori ».

Il settimo cambiamento riguarda il rafforzamento dei *legami con la Comunità europea.* Ne risentono, in modi diversi, tutti i profili sin qui esaminati. Si può brevemente ricordare che vi sono diverse amministrazioni comunitarie, le quali dialogano con quelle nazionali. Che l'ambito di estensione dell'area pubblica risente delle norme comunitarie relative, ad esempio, ai contratti pubblici e agli aiuti di Stato. Che lo statuto del personale prevede, ora, l'accesso dei cittadini europei ai pubblici uffici (d.P.C.M. n. 174 del 1994). Che la disciplina del procedimento risente, da un lato, dei condizionamenti che discendono dai procedimenti comunitari (si pensi alle procedure relative alla gestione dei fondi strutturali); dall'altro, dell'armoniz-

zazione, in via di completamento, dei settori dei contratti di opere e di forniture, del controllo sul credito e sulle assicurazioni.

L'ottavo ed ultimo punto riguarda i *rapporti tra la pubblica amministrazione e gli utenti.* Va ricordata la Carta dei servizi, prevista dalla direttiva 27 gennaio 1994 della Presidenza del Consiglio dei ministri. Si tratta di un'altra norma programmatica, che è stata recepita, per esempio, nella già citata legge sulle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, nell'art. 8 del decreto legge n. 487 del 1993, convertito in legge n. 71 del 1994, relativo alla trasformazione della amministrazione delle poste in ente pubblico economico ed è stata resa obbligatoria per una serie di settori (come la scuola, la sanità, l'energia elettrica, ecc.) dall'art. 2, decreto legge n. 163 del 1995, convertito in legge n. 273 del 1995.

Le conclusioni sono tre. In primo luogo, con queste leggi, che datano dal 1990 al 1995, sono state poste le basi di una nuova pubblica amministrazione e di un nuovo diritto amministrativo. È singolare che un cambiamento così importante sia il prodotto di legislatori diversi e di indirizzi politici molto diversi.

In secondo luogo, questo nuovo programma manca di un innesto costituzionale. Infatti, per adoperare la nota metafora per cui il diritto costituzionale è il tronco dal quale si dipartono le varie discipline pubblicistiche, sono state mutate le radici (la formula elettorale), non il tronco né i rami. E di ciò sono dimostrazione le vicende politiche del 1994. Per quanto riguarda, in particolare, la pubblica amministrazione, il problema più grave è quello di avere un tronco ispirato ancora al concetto monistico del potere.

In terzo luogo, uno dei grandi interrogativi odierni, relativi alla pubblica amministrazione, è: dove si orienta l'ordinamento amministrativo comunitario? Nato su una base monistica, è stato dotato di un certo grado di policentrismo, sia con l'istituzione di fondi e di agenzie, sia perché l'intersecazione di organi intergovernativi, multinazionali e sovranazionali, ha creato una organizzazione a dire poco disordinata. Il sistema europeo delle banche centrali accentua il policentrismo. L'interrogativo che oggi si pone riguarda il futuro dell'ordinamento amministrativo comunitario, e, corrispondentemente, delle strutture della pubblica amministrazione italiana.

ALLA RICERCA DEL SACRO GRAAL. A PROPOSITO DELLA RIVISTA *DIRITTO PUBBLICO*

1. I programmi delle riviste di diritto pubblico degli ultimi anni. — 2. Il « metodo giuridico ». — 3. Il « principio di legalità ». — 4. Lo « Stato di diritto ». — 5. Le riviste e le istituzioni del nostro tempo.

1. *I programmi delle riviste di diritto pubblico degli ultimi anni.*

« Il sorgere di una nuova rivista in un campo nel quale non mancano apprezzati periodici, ... suscita sempre ... un senso di meraviglia e di diffidenza » osservava Guido Zanobini, nel 1951, nella « premessa » al primo numero della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.

Meraviglia e diffidenza aumentano se si considera che, dal 1981, sono apparse ben sei nuove riviste generali di diritto pubblico: *Quaderni costituzionali* (1981), *Diritto processuale amministrativo* (1983), *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (1991), *Diritto amministrativo* (1993), *Giornale di diritto amministrativo* (1995) e *Diritto pubblico* (1995).

Il diritto pubblico, il « diritto onnipotente della società » (Tocqueville) attraversa un'epoca di grandi cambiamenti. Le scienze che lo studiano moltiplicano i loro strumenti e i loro sforzi. Ma sono essi diretti a interpretare quei cambiamenti?

Le osservazioni che seguono non riguardano tutte queste riviste, ma solo l'ultima nata, di cui valutano — nei limiti in cui una rivista può essere giudicata dal primo numero — programma e realizzazione.

Se ogni conoscenza è comparazione, può essere istruttivo cominciare con il comparare i « programmi » delle riviste pubblicistiche italiane con quello dell'ultima di esse.

Prendiamo le mosse dalla prima rivista apparsa nel secondo

dopoguerra. Zanobini, nell'introdurre, nel 1951, la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, si proponeva « la continuazione [della] Scuola giuridica di diritto pubblico », e osservava che « il metodo giuridico puro è l'essenza di ogni ricerca scientifica, degna di questo nome, nel campo delle discipline pubblicistiche ». Ma aggiungeva — con contraddizione tipica di quella fase degli studi — che la ricerca scientifica non poteva essere puramente speculativa e « fuori dalla realtà sociale che costituisce il contenuto del diritto ».

Tutta diversa l'impostazione dei *Quaderni costituzionali*. L'« editoriale » del primo numero (aprile 1981) àncora fermamente il programma della rivista alle riforme istituzionali, osservando che la crescente domanda di riforme è rimasta insoddisfatta, che vanno registrati e studiati mutamenti importanti della prassi e nelle convenzioni costituzionali; che bisogna riflettere sulle riforme: « è mancata, in particolare, l'anamnesi e la radiografia storica dei vari istituti in cui s'intendeva operare, la valutazione non settoriale ma organica dei vari circuiti istituzionali posti in discussione, il calcolo del rendimento delle riforme invocate anche alla luce delle esperienze condotte in sistemi stranieri ».

La « presentazione » della rivista *Diritto processuale amministrativo* segue un orientamento non diverso. La rivista — si legge — è dedicata « all'approfondimento teorico dei processi amministrativi » allo scopo di « stimolare l'attenzione degli studiosi e degli operatori sui problemi relativi, che recenti riforme hanno in parte avviato a soluzione ».

Mentre la *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* non espone, nel primo numero, un « programma », nella « presentazione » della rivista *Diritto amministrativo* si ritorna sul problema del metodo, osservando che in alcune riviste abbondano scritti che, « partendo dal dato della inefficienza della pubblica amministrazione, si propongono di ricercarne le cause e di prospettarne possibili rimedi », rivolgendo così l'attenzione anche a « criteri politologici e di scienza dell'amministrazione »; in altre, « di fronte ad un altro dato altrettanto evidente, ossia l'attuale disorganica, scadente e spesso oscura normazione relativa all'amministrazione », sono ospitati scritti i quali, « mirando a risolvere problemi esegetici, si occupano bensì di questioni di stretto diritto positivo, ma, per lo più, con intenti pratici contingenti e circoscritti ». Di qui l'esigenza « che

siano considerati con metodo giuridico i problemi di fondo di questa branca del diritto; e che anche l'esame di questioni particolari e d'attualità sia compiuto col loro inquadramento in una prospettiva sistematica generale ».

La « presentazione » del *Giornale di diritto amministrativo* espone l'ambizioso programma di registrare la crisi del diritto amministrativo, prodotta dalla contrazione dovuta alle molte privatizzazioni e dalla riespansione causata dalle nuove leggi di regolazione, dalle leggi generali su enti locali, procedimento, organizzazione e personale e dallo sviluppo del diritto amministrativo comunitario. La « presentazione » mette in luce, poi, la contraddittorietà di molte di queste tendenze: le privatizzazioni ridanno nuovo vigore a controlli pubblici, la fusione tra diritto pubblico e diritto privato produce un diritto misto. Il diritto amministrativo, in crisi, appare, tuttavia, alle soglie di un nuovo esordio.

Diritto pubblico si presenta con una pagina senza titolo né firma, seguita da un secondo peritesto in esergo intitolato *In limine*, siglato a.o.b. (Andrea Orsi Battaglini).

Nella pagina introduttiva si evocano le trasformazioni costituzionali e amministrative, l'urgenza di ridefinire categorie, sistemi e metodi, la necessità di mettere in comunicazione diritto pubblico e privato, « la convinzione che, nel fitto e irrinunciabile tessuto di relazioni tra le diverse scienze sociali, debba mantenersi la specificità del metodo giuridico ». Si aggiunge che la rivista « ambisce ad essere teorica » e che propone per primo « il tema del principio di legalità ».

Orsi Battaglini, poi, ricorda che la scienza del diritto pubblico ha avuto come tema di riferimento lo Stato. Osserva che c'è chi rimane fermo alla tradizione statale, chi è impegnato in un lavoro di revisione del concetto, chi, infine, vuole liberarsi dello Stato e del diritto che vi fa riferimento. Esprime giudizi critici nei confronti di tutte e tre le tendenze. Passa, poi, alla « questione del metodo » e alla « autonomia del giuridico » e nota che gli « indirizzi evolutivi » commettono un « errore di obiettivo »: la colpa non è del « carattere sistematico dell'ordinamento », né del « processo logico-deduttivo di determinazione della norma nel caso singolo », bensì dell'« ingiustizia o dell'inadeguatezza della norma stessa » e dei « principi informatori » sia del sistema, sia della interpretazione. È errato,

dunque, continua l'autore, l'« atteggiamento antipositivistico », perché diviene anche « antiscientifico ». « Scientificamente l'ordine è unità, coerenza del sistema rispetto ai suoi fondamenti, omogeneo riferimento di senso; ed anche lo Stato di diritto, come oggetto e principio di scienza, è anzitutto unità e omogeneità dell'ordinamento ». L'autore finisce osservando che « l'ordine scientifico unitario dello Stato di diritto [è] precondizione di libertà ».

Tre elementi costituiscono — come si vede — gli aspetti caratterizzanti del programma della nuova rivista: metodo giuridico, principio di legalità, Stato di diritto. Ognuno di essi merita un breve commento.

2. *Il « metodo giuridico ».*

Cominciamo dal metodo giuridico. Se ne fece sostenitore, nel 1889, l'Orlando. Per lui, il metodo giuridico voleva dire richiamo alle istituzioni del nuovo Stato, polemica contro l'irruzione di sociologia, filosofia e politica nel diritto, distinzione tra diritto, inteso come sistema di principi giuridici, e leggi, hegelismo. A lungo, dopo Orlando, la scienza del diritto pubblico si differenziò così, per il modo di intendere se stessa, per l'epistemologia adottata, per l'oggetto prescelto, per il raccordo stabilito con il diritto vigente. Abbiamo visto ancora Zanobini, alla metà del nostro secolo, prestar fede al « metodo giuridico ».

Ma Orlando non fu sempre fedele al metodo che aveva proclamato. Ed esso, negli anni Trenta e Quaranta, rivelerà i suoi limiti, sottolineati cautamente dal Giannini nella prolusione sassarese, quando metteva in luce l'insufficienza delle problematiche. Più avanti, sarà messo in luce, con riferimento a Zanobini, che « la sua bella costruzione simmetrica è ottenuta grazie ad un processo di omissione o di riduzione selettiva e di accantonamento su un piano inferiore dei dati non aderenti al sistema » (S. Cassese, *Guido Zanobini e la scienza del diritto amministrativo degli anni trenta*, ora in S. Cassese, *L'amministrazione dello Stato — saggi*, Milano, Giuffrè, 1976).

Solo più tardi comincerà lo studio storico del pensiero giuridico e dell'epistemologia giuridica. Ed allora sarà chiaro che l'idea di sistema immanente nell'ordinamento, oggettiva, era un artificio re-

torico. L'accento si sposterà sui « modelli » dei giuristi e si osserverà che « il confine dell'oggetto della scienza giuridica non è determinabile una volta per tutte, ma è, di volta in volta, sulla frontiera che è necessario raggiungere per fondare un discorso metodologicamente corretto e cioè per formulare un « modello ». Il fatto è che, spesso, non esistono due punti di vista, uno giuridico e uno non giuridico: per cui la scienza giuridica o rinuncia a studiare determinati temi o corre il rischio di fare opera inutile » (S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 193).

In anni a noi più vicini, si è compreso che — per dirla con Mach — l'essenza del mondo fenomenico non si manifesta nelle cose in sé, ma nelle loro relazioni e negli schemi soggettivi attraverso i quali vengono interpretati. Per cui il giurista che pretende di studiare il diritto positivo riutilizza sempre una parte delle acquisizioni precedenti della scienza, che egli prende per fedeli riflessioni del diritto positivo. Questo apporto dell'epistemologia giuridica (in particolare, di C. Atias, *Epistemologie juridique*, Paris, PUF, 1985) circa i limiti della oggettività scientifica viene solitamente sottovalutato da chi si appella al « carattere sistematico dell'ordinamento » e alla « autonomia e specificità » del metodo giuridico. Così come chi insiste sul « processo logico-deduttivo di determinazione della norma nel caso singolo » sottovaluta l'osservazione di Perelman, per cui ciò che è specificamente giuridico del ragionamento del giudice non è la deduzione di conclusioni da premesse, ma i ragionamenti che conducono a stabilire tali premesse.

Queste conclusioni paiono trovare conferma nell'articolo di apertura della nuova rivista, scritto in modo brillante, ma troppo allusivo, da Pietro Costa. Questi si sofferma sull'antica questione del giurista-creatore, raccoglie prove vicine e lontane dell'assunto che « il giurista non " conosce " un diritto già dato... [ma] costruisce il proprio testo come testo giuridico, attribuisce ad esso un significato, lo interpreta e quindi lo riscrive... ». Ora, se questo è vero (ma Savigny non aveva già scritto, nel 1840, di « stets wiederkehrenden Parallele zwischen Gesetzgebung und Auslegung »?), può parlarsi — come fa Orsi Battaglini sulla scia di Orlando — di un « ordine scientifico unitario dello Stato di diritto » e di uno Stato di diritto che è « anzitutto unità e omogeneità dell'ordinamento »?

Nell'ultimo quarto di secolo è apparsa senza sbocchi la ricerca di punti di riferimento stabilmente certi, dogmi e invarianti, classificati e ordinati in costruzioni simmetriche, e ci si è resi conto che l'analisi del diritto costringe a mutare continuamente i concetti, che non vivono di vita propria. La conseguenza è che non si può più parlare di « metodo giuridico », al singolare, bensì di « metodi giuridici » al plurale. Ogni gruppo o categoria di oggetti o materie richiede un suo metodo, salvo dire che solo certi oggetti sono degni di studio da parte del giurista.

Un solo esempio: come classificare, secondo il punto di vista di un'unico metodo del giurista, le *Holmes lectures* 1992 (ora raccolte nel volume *Breaking the vicious circle*, Harvard University Press, 1993) di un acuto giurista come Breyer? In quelle neppure cento pagine, l'autore affronta il problema del controllo pubblico delle sostanze pericolose alla salute. Esamina i contributi di scienziati, tecnici, statistici sui rischi e giunge alla conclusione che la disciplina vigente negli Stati Uniti d'America è, per alcuni versi, eccessiva, per altri, insufficiente e che essa non provvede se non a una tutela casuale. Analizza le cause di questi problemi. Suggerisce, infine, i rimedi e ne illustra i vantaggi. I giuristi che cercano di trovare migliori soluzioni istituzionali di importanti problemi sociali — osserva Breyer nella prefazione — non debbono ragionare semplicisticamente, deducendo soluzioni dai primi principi, quali l'equità e la democrazia.

È certo che questo e tanti altri metodi giuridici non avrebbero ricevuto l'approvazione di Orlando. O da lui sarebbero stati ammessi solo in quanto sperimentali. Dopo un quarto di secolo che ha registrato un'ampia diversificazione dei metodi di ricerca, che ha richiesto — anzi — agli studiosi (quelli veri) di non limitarsi ad applicare un metodo acquisito, ma di individuarne uno per ogni area tematica o tipo di problemi, facendone, poi, applicazione (per cui la bontà di una ricerca si misura con il metro del metodo applicato, oltre che con quello dei risultati raggiunti (1)), quale significato va

(1) Può essere qui utile segnalare l'analisi scritta da Cammelli dell'autonomia universitaria, posta tra le « note e commenti » del primo numero della rivista *Diritto pubblico*. L'autore spiega che l'autonomia è rimasta a metà strada e illustra le difficoltà concrete che essa incontra: difficoltà poste dalle norme, ostacoli frapposti da corpi

attribuito al brusco richiamo alla tradizione operato da chi insiste sulla « specificità del metodo giuridico »? Il lettore ha l'impressione che potrebbero dare le frasi « il metodo storico non ha fatto alcun progresso da Erodoto e Tucidide » e « il metodo storico si è fermato a Michelet e a von Ranke ». Insomma, è come se qualcuno, oggi, mentre gli storici formati alla scuola delle *Annales* o a quella della *nouvelle histoire* o a quella dello strutturalismo, proseguono le loro sperimentazioni con tecniche e metodi continuamente rinnovati, sostenesse che la via obbligata della storiografia è quella della narrazione alla Erodoto o quella della storia erudita, alla Mabillon o alla Fustel de Coulanges o quella dei cicli delle civilizzazioni alla Toynbee. Oppure, per fare un altro esempio, come se uno storico della letteratura dichiarasse che il metodo della critica letteraria è fermo a Francesco De Sanctis e che i formalisti russi, o la critica dell'immaginario, o la semiotica della letteratura, o il *new criticism* non hanno diritto di cittadinanza e non hanno prodotto alcun cambiamento del metodo, dei punti di vista, delle tecniche, ecc.

3. *Il « principio di legalità ».*

Passiamo al secondo punto, il principio di legalità. Questo richiamo rousseauiano al legislatore, innanzitutto, non tiene conto che la legge opera in più direzioni. Nel diritto amministrativo, è posta a tutela dei diritti dei privati, a garanzia dell'amministrazione nei confronti del governo, come regola di organizzazione e di funzionamento degli uffici.

Sempre nel diritto amministrativo, legalità vuol dire, poi, sia che la pubblica amministrazione è predeterminata dalla legge (la formulazione classica, in Italia, è quella di Zanobini), sia che essa è delimitata dalla legge. Come ha acutamente osservato Gustavo Zagrebelsky (in *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 29), la prima concezione è fiorita nei governi di assemblea, dove l'assenza di leggi attributive di poteri significava l'impossibilità della pubblica amministrazione di operare; la seconda nelle costituzioni francesi

---

amministrativi, resistenze culturali, insufficienza di valutazioni e di programmi. Ecco un bell'esempio di analisi che va oltre il commento delle norme e il loro inquadramento in categorie, secondo un rigido metodo giuridico.

della Restaurazione e in Germania, dove l'assenza di leggi comportava la possibilità per la pubblica amministrazione di operare liberamente per fini propri.

Oggi, nell'ordinamento italiano, l'ambizione di ridurre la discrezionalità dei poteri pubblici mediante una formula larga di legalità, si scontra con dati giuridici quali quello che la legge opera per l'attività autoritativa, non per quelle di erogazione e per quelle privatistiche; quello che la legge non fissa il contenuto, ma il limite dell'attività pubblica; quello che tutte le attività sono discrezionali o hanno un contenuto di discrezionalità; quello che la vincolatezza è formula retorica, utile per il riparto della giurisdizione.

Molte di queste conclusioni trovano una conferma in due saggi contenuti nel primo numero di *Diritto pubblico* (2). In quello molto acuto di Tornos y Mas, dove si osserva che il principio di legalità è in crisi e che all'amministrazione non si richiede solo un comportamento secondo la legge, ma anche la garanzia dei risultati; si ricorda che il controllo svolto dai giudici non è solo di legalità, ma di giuridicità (e cioè di rispetto dei principi generali del diritto) e si conclude che tutta la problematica va posta su nuove basi. E nel fine saggio di Travi, che, dopo un esame di un decennio di giurisprudenza amministrativa italiana, perviene alle seguenti conclusioni: che il principio di legalità non vale neppure per tutta l'attività amministrativa autoritativa; che, fuori dalle materie riservate alla legge, legalità vuol dire attribuzione di poteri, senza che vi sia bisogno di definizione dei criteri fondamentali di esercizio del potere; che la legalità è rispettata purché vi sia una previa disciplina generale, anche regolamentare (e, quindi, si risolve nella previa determinazione di criteri generali ed astratti); che, infine, sono pochi i casi in cui il giudice controlla il rispetto della legalità.

Ma l'attribuzione al principio di legalità — che pure continua a

(2) Nella rivista *Diritto pubblico* è contenuto anche un articolo di P.P. Craig sul « rule of law », nel quale l'autore si limita a giustapporre le diverse concezioni di esso espresse da autori distanti nel tempo e operanti in culture diverse come Dicey, Ray, Unger, Jowell e Dworkin. L'autore ripete qui errori fatti in un suo libro molto ambizioso e molto criticato, dal titolo *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon, 1990, su cui si vedano la recensione di D. Olivier, in *Public Law*, 1991, winter, 623 e l'articolo di B. O'Leary, *What Should Public Lawyers do?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, n. 3, 404.

svolgere un suo importante, ma limitato ruolo, come tutti i principi del passato che sono stati assimilati nelle culture o negli ordinamenti contemporanei — di un posto dominante, non è soltanto giuridicamente errata, conduce anche ad ulteriori errori. L'ossequio nominalistico per il legislatore, infatti, finisce per mettere in secondo piano altri, più sottili ed efficaci, metodi di controllo dei poteri pubblici. Basta ricordare l'interesse del *Conseil d'Etat* francese per una concezione estesa della legalità, che finisce per comprendervi i principi generali del diritto; il riconoscimento, in sede comunitaria, che il rapporto di legalità tra il regolamento e l'atto di esecuzione è più vicino a un'esigenza di non contrarietà o non incompatibilità che a quella di conformità; il contemporaneo ampio ricorso a principi, come quello di proporzionalità, tratti non dal diritto comunitario, ma dalla tradizione giuridica dei paesi dell'area europea; l'osservazione riassuntiva del Consiglio di Stato (1961) che « il vizio di eccesso di potere si risolve nell'inosservanza non già di singole norme legislative o regolamentari, bensì di principi costruiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza »; la discussione nordamericana sul caso « Chevron » (deciso dalla Corte suprema nel 1984), sul potere da riconoscere all'amministrazione e sul posto del giudice nella valutazione del potere dell'amministrazione.

L'opera degli studiosi, dovrebbe, dunque, esercitarsi, oggi, proprio cercando che cosa c'è dietro questa nozione *passe-partout* che continuiamo, per stanchezza, a chiamare principio di legalità, e che non consiste affatto — in diritto amministrativo — in una difformità dalla prescrizione legale. Basti notare che, nel prisma della giurisprudenza, esso è talora controllo del criterio di scelta della legge giusta, talaltra verifica del rispetto di metri o principi giuridici (ma non legislativi), altre volte controllo della valutazione, da parte degli uffici pubblici, dei costi e dei benefici.

Per questo motivo, appare sbagliato il giudizio di Orsi Battaglini sui « grandi custodi giudiziari », che si limiterebbero a tenere « salde nella prassi » « linee di sostanziale continuità del passato ». È piuttosto il contrario: i giudici amministrativi hanno, in Italia, non solo ampliato con audacia l'ambito del proprio sindacato, ma anche stabilito — con poco aiuto da parte della scienza giuridica — i criteri ai quali deve attenersi il potere pubblico, se vuole che la sua attività sia considerata « legittima » (o, meglio, conforme al diritto).

Dunque, il cosiddetto principio di legalità va ben al di là della legalità, e compito della scienza non è certo quello di assumerlo nel suo senso ottocentesco e conferirgli una portata ulteriore, trasformandolo in concetto ottativo. Per evitare questo errore, più che richiamarsi a tradizioni lontane, bisogna analizzarle storicamente; più che attardarsi su antiche problematiche, bisogna andare al cuore delle nuove.

Da ultimo, mettere in primo piano la legalità finisce per spogliare la legge di ogni riferimento alla ragione e alla giustizia e concentrare tutta l'autorità nello Stato produttore della legge. Ciò implica che la deliberazione di una maggioranza sia legge, e, dunque, diritto; e che questo si riduca al prodotto del possesso legale del potere. Contro questa formulazione funzionalistica e formalistica della legalità hanno scritto in tanti, dal Lamennais ai rivoluzionari del 1848 (*la legalité tue*), a Carl Schmitt, che vi si è soffermato almeno due volte, nel fondamentale saggio su *legalità e legittimità*, del 1932, e in un breve scritto sul *problema della legalità*, del 1950.

4. *Lo « Stato di diritto ».*

Veniamo al terzo protagonista del « programma » della rivista, lo « Stato di diritto ». È una formula che risale a Mohl (1855), che la ricostruì a partire da Grozio (1625). Ha, poi, avuto alterne vicende, penetrando in Francia una prima volta agli inizi del Novecento, attraverso la scuola di Strasburgo (Carré de Malberg, Prélot, ecc.); una seconda volta, nel decennio scorso, sotto la spinta di vicende politiche; entrando a vele spiegate nella *Grundgesetz* di Bonn e penetrando, per l'opera, tra gli altri, di Silvio Spaventa e di Attilio Brunialti, in Italia.

Ma in ogni fase della sua vicenda è stato osservato che, più che una nozione, è un mito, caratterizzato da « equivocità, incertezza, indeterminatezza » (così Carmelo Caristia nel 1934). Carl Schmitt, nel 1932, scriveva che « il termine " Stato di diritto " può significare cose tanto diverse quanto il termine stesso " diritto " ed anche cose tanto diverse quanto le molteplici organizzazioni, implicite nel termine " Stato " ». Benedetto Croce scrisse di una sua « equivocità e inanità sostanziale ». Mario Nigro osservava, nel 1989, trattarsi di formula con « significati diversi a seconda dei tempi e dei luoghi ».

Gustavo Zagrebelsky, nel volume citato del 1992, ne ha parlato come di una nozione « generale e iniziale », « aperta », che ogni epoca ha riempito di contenuti diversi. Hasso Hoffman, nel primo numero di *Der Staat* del 1995, ne ha sottolineato le difficoltà concettuali e la storicità.

C'è da chiedersi, allora, se chi voglia fare opera scientifica, ambisca alla teoria, non debba indicare i contenuti che vanno attribuiti alla formula, perché lo Stato di diritto, come modello ideale, ha operato in più modi, come mezzo di tutela del diritto, come limite del potere pubblico, come strumento per assicurare la sua visibilità, ecc.. Ad esempio, Orsi Battaglini preferisce la soluzione di Otto Mayer, per cui « lo Stato di diritto è lo Stato del ben ordinato diritto amministrativo », oppure si schiererebbe — come pare oggi necessario, essendo la legge stessa oggetto di misurazione da parte del giudice costituzionale — con Zagrebelsky, nel riconoscere la « trasformazione dello Stato di diritto legislativo dell'800 nello Stato costituzionale del '900 »?

Più in generale, c'è da chiedersi se lo Stato come tale sia ancora un tema di riflessione. Forme di organizzazione del potere pubblico non statali, e spesso persino indipendenti dallo Stato, si sono sviluppate, all'interno e al di fuori dello Stato. Lo Stato stesso subisce quello che i tedeschi definiscono « verselbstaendigung von Verwaltungseinheiten ». Nella stessa direzione muove la separazione tra indirizzo-controllo e gestione, con la conseguente dualizzazione del potere amministrativo. Lo Stato « en miette », produce nuove aggregazioni, fuori delle gerarchie note, in ordinamenti « a rete » (si pensi alle autorità indipendenti di controllo dei valori mobiliari, tenute, anche a norma del diritto statale, a collaborare; o alle autorità garanti della concorrenza e del mercato, tenute ad attuare il diritto statale alla luce del diritto comunitario).

Sono fenomeni, questi, che, dopo aver fatto scrivere, nell'area culturale anglosassone, di « bringing back the State », fanno ora riflettere sul processo che porta al « reshaping of the State ».

5. *Le riviste e le istituzioni del nostro tempo.*

Si è cercato di mostrare che tutti e tre i propositi della nuova rivista sono fuori centro.

Nessuna delle tre formule regge a un esame accurato. Tutte e tre valgono come richiamo a una tradizione, che andrebbe (ed è già stata, in parte) scientificamente studiata, non evocata per indicare un cammino da percorrere. Almeno due delle tre trovano efficaci smentite negli articoli dello stesso primo numero della rivista.

Ma il giudizio non sarebbe completo se, dopo aver considerato *ciò che c'è* nel programma, non si valutasse anche *ciò che non c'è*. Solo allora sarà chiaro quanto semplificatrici siano le riflessioni iniziali della rivista.

Diritto pubblico vede la luce nel 1995. L'Italia fa da tre anni parte di un'Unione europea, alla quale poche persone illuminate della sua classe dirigente degli ultimi cinquant'anni hanno voluto agganciarla, perché il « vincolo esterno » tenesse a freno gli istinti peggiori di tutto il resto della dirigenza del Paese. La adesione all'Unione pone formidabili problemi teorici (ad esempio, dove finiscono gli Stati nazionali?) e pratici (come adeguare a quelle degli altri Paesi un'amministrazione sottosviluppata e una finanza disastrata come quelle italiane?).

Nello stesso anno, l'Italia si dibatte nella maggiore crisi costituzionale del dopoguerra: si contrappongono diversi concetti di democrazia (3); si discute sul mutamento della Costituzione; cambia, di fatto, il sistema delle fonti del diritto, con il largo uso della delega e del decreto legge.

In terzo luogo, si festeggia con delusione il primo quinquennio di vita della legge sul procedimento amministrativo(4), una delle pochissime leggi generali della nostra storia amministrativa, che ha posto sotto controllo lo Stato, stabilito regole e principi, risposto per

(3) Il primo numero della nuova rivista pubblica anche un articolo di P. CIARLO su *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori.* L'autore si cimenta prima con il difficile compito di individuare le nozioni di democrazia e giunge alla conclusione che sono tre: quella degli antichi, quella dei moderni e quella dei contemporanei. Affronta, poi, il problema dei valori caratterizzanti della democrazia dei contemporanei, che sarebbero tolleranza, non violenza e possibilità del cambiamento.

(4) Si segnala, nel primo fascicolo della rivista *Diritto pubblico*, tra le « note e commenti » l'accurato e intelligente rendiconto di Corpaci sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo, che mette in luce l'orientamento diverso dei giudici, più aperto in materia di accesso, oscillante in tema di obbligo di motivazione, chiuso e negativo sulla partecipazione.

la prima volta all'appello dei giudici, quasi soli nell'opera di affermazione del diritto nella vita del potere pubblico.

I tre eventi o gruppi di eventi della nostra storia politico-amministrativa pongono problemi difficilissimi agli studiosi. Questi debbono sperimentare ogni giorno la resistenza delle vecchie categorie alle forme non statali e non nazionali che i poteri pubblici vanno assumendo. Sono (o sarebbero) chiamati ogni settimana a misurare la propria capacità di progettazione costituzionale e amministrativa (se non vogliono lasciare nelle mani di improvvisatori la scrittura delle nuove istituzioni). Debbono studiare le vicende delle istituzioni patrie (nessuno ha ancora scritto la storia del diritto amministrativo dall'unificazione; quella dell'amministrazione e della costituzione sono state appena avviate), se vogliono misurare la loro resistenza ai sommovimenti in corso. Dovrebbero, infine, sperimentare gli strumenti conoscitivi per analizzare il modo nuovo in cui si organizzano e funzionano i poteri pubblici, nonché costruire le nuove categorie speculative atte a racchiudere in forma sistematica le riflessioni parziali.

In questa situazione, perché partire alla ricerca della coppa miracolosa? Più che riscoprire formule del passato e richiamare acriticamente la tradizione (anche il sacro Graal, la cui ricerca appassionò per tanto tempo, non interessa più nessuno, se non per la storia della formazione del mito o della metafora che lo riguarda), bisognerebbe studiare i classici e fare un uso critico dei loro contributi. Invece di proclamare fedi o ricette, più o meno sicure, o di scrivere manifesti, occorrerebbe mettersi, con severità e rigore, a scrivere libri. Più che rivolgersi al proprio campo disciplinare e ripiegarsi sul proprio passato, occorrerebbe interrogare le istituzioni del proprio tempo, verificare la resistenza, a loro confronto, delle nozioni forgiate dalla scienza e costruirne di nuove, tuffarsi nel passato, ma non per cercarvi la pietra filosofale, bensì per studiarlo storicamente.

Si potrebbe obiettare: Orsi Battaglini voleva definire un campo teorico, in funzione della ricerca d'identità da parte di una disciplina. La rivista tenterebbe di ripetere l'esperienza dell'*Archivio di diritto pubblico* del 1891, secondo la ricostruzione acuta e piena di interesse fattane, nel 1987 (sui *Quaderni fiorentini* nell'articolo *Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica italiana e le sue*

prime riviste (1891-1903), p. 209 ss.), da Maurizio Fioravanti. Secondo Fioravanti, infatti, lo « scenario » di Orlando non fu « quello della crisi dello Stato liberale, ma piuttosto quello... della storia e delle sorti future delle discipline di diritto pubblico ». Per questo Orlando si preoccupò, nel « programma », della strategia della disciplina e dei suoi concetti fondamentali, non delle istituzioni dell'epoca e dei loro cambiamenti.

Ma questa osservazione storiografica si può applicare all'Orlando del 1891, non si adatta alla nuova rivista. E ciò per due motivi. Il primo è che solo due anni prima, nel 1889, l'Orlando aveva affermato la sua adesione alle nuove istituzioni dell'Italia unita, e chiamato i giuristi a studiarle (« il sangue dei martiri », con quel che segue). Il secondo è che Orlando indicava — prendendoli a prestito dalla cultura tedesca — strumenti concettuali (relativamente) nuovi, e comunque idonei a intendere le nuove istituzioni, non si limitava a ripetere quel che Pellegrino Rossi o Giandomenico Romagnosi potevano aver scritto prima di lui.

D'altra parte, l'Orlando dovette cambiare presto idea. Fioravanti ricorda, infatti, che l'*Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana* che segue, dopo un decennio, l'*Archivio* del 1891, si rivolge alla « burocrazia colta e intelligente, di cui vorremmo avere l'onore di essere l'organo » (Orlando, nel 1927, lamenterà il « malefico divorzio fra la scienza pura e la pratica illuminata »).

Circa venti anni fa, si osservò che gli sviluppi della cultura giuridica italiana erano dovuti al fiorire di nuove riviste. Si parlò persino di una « cultura delle riviste ». Ma questi sviluppi non toccarono la scienza del diritto pubblico. Questa ha registrato solo in anni più recenti un fiorire di iniziative analogo a quello di altri settori del diritto. Tale fiorire di iniziative non va accolto con meraviglia e diffidenza, bensì con piacere e fiducia, perché è segno della continuità dell'impegno di una scienza che è tra le più vivaci in Europa. C'è da augurarsi che le riviste tengano, ora, fede all'impegno, senza attenuare il vigore speculativo, la precisione storiografica, l'indagine sulle norme, l'attenzione per la vita concreta delle istituzioni.

CRISI E TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

Premessa.

Tocqueville — nel libro sulla democrazia in America — affermava che "a mano a mano che le condizioni si eguagliano, gli individui appaiono più piccoli e la società più grande, e anche l'idea di un diritto inerente a certi individui sparisce rapidamente per lasciare posto al diritto onnipotente della società". Il diritto onnipotente della società di cui parlava Tocqueville è il diritto amministrativo.

All'epoca in cui scriveva Tocqueville — metà del secolo scorso — il diritto amministrativo era appena nato; in seguito, esso ha subito cambiamenti radicali. Ne è prova il fatto che solo sessanta anni fa si costituiva il cosiddetto "settore industriale pubblico" — cioè le imprese pubbliche — come prodotto della crisi economica mondiale, che sono poi, oggi, le stesse imprese pubbliche in via di privatizzazione. Le trasformazioni sono così rilevanti che uno studioso tedesco ha evidenziato come negli studi di diritto amministrativo dominino oggi sei parole: cambiamento, rivoluzione, riforma, transizione, rottura, crisi.

Se il processo di cambiamento è così rapido, si può sintetizzare la linea di tendenza di questo processo, individuando i punti di partenza e quelli di arrivo? In questa lezione si cercherà di rispondere a questa domanda.

L'ancoraggio del diritto amministrativo allo Stato, alla legge e ai giudici.

Il punto di partenza del diritto amministrativo è semplice: il

---

(*) Lezione introduttiva al corso di diritto amministrativo, anno accademico 1995-1996, tenuta il 14 novembre 1995 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza".

diritto amministrativo nasce ancorato allo Stato, alla legge e ai giudici. Il diritto amministrativo è diritto statale, è manifestazione di potere vincolata alla legge ed, infine, è sottoposto al controllo dei giudici.

Spieghiamo perché questo ancoraggio del diritto amministrativo allo Stato, alla legge e ai giudici. Il diritto amministrativo è ancorato allo Stato, in quanto diritto prodotto e usato da uno dei tre poteri dello Stato, ovvero il potere esecutivo. La ripartizione dei poteri, com'è noto, è uno strumento di comodo, non un principio di diritto positivo, tant'è che nella Costituzione italiana sono individuati e distribuiti due poteri — artt. 70 e 102, che si riferiscono al potere legislativo e a quello giudiziario — mentre non è prevista né l'individuazione, né l'allocazione del potere esecutivo. Peraltro, l'art. 95 Cost., per il quale i ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri, costituisce — secondo l'opinione comune — la prova che il diritto amministrativo è un diritto ancorato allo Stato. D'altra parte, l'"autarchia" rappresenta, per la dottrina tradizionale, l'attributo proprio di quelle autorità amministrative che, non facendo parte dello Stato, possono emanare atti che, quanto agli effetti, sono paragonati agli atti dello Stato, così che tutti gli istituti del diritto amministrativo sono, in qualche modo, rapportati allo Stato. Il diritto amministrativo è, dunque, innanzitutto, un diritto dello Stato.

Il secondo ancoraggio — quello del diritto amministrativo alla legge — ha due diversi significati. La legge svolge un primo compito, che è quello di proteggere i cittadini nei confronti dell'amministrazione. Per capire questo primo significato del principio di legalità si possono confrontare tra loro due frasi. La prima — di un membro del partito nazionalsocialista, poi presidente del Tribunale amministrativo del Terzo Reich — secondo cui "una amministrazione sana non ha bisogno di alcuna legge e di alcun regolamento" (*eine gesunde Verwaltung braucht keine Paragraphen*); la seconda — scritta da uno dei più noti giudici costituzionali americani, William O. Douglas, nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *U.S. v. Wunderlich*, 342 U.S. 98, 101 (1951) — secondo cui "il diritto ha raggiunto i suoi momenti più alti quando ha liberato l'uomo dalla discrezionalità illimitata di qualche governante, di qualche militare, di qualche funzionario civile, di qualche burocrate. Dove la discre-

zionalità è assoluta, l'uomo ha sempre sofferto" *(Law has reached its finest moments when it has freed man from the unlimited discretion of some ruler, some civil or military official, some bureaucrat. Where discretion is absolute, man has always suffered).* La limitazione della discrezionalità ha rappresentato lo scopo principale che mosse Silvio Spaventa a battersi, alla fine dell'800, per la giustizia della amministrazione.

Il secondo compito della legge è quello di dirigere la pubblica amministrazione. Qui la legge non è tanto lo strumento di protezione dei cittadini nei confronti dell'amministrazione — e cioè lo strumento per controllare la sua discrezionalità — quanto, invece, lo strumento per guidare l'amministrazione. Questo — com'è noto — è l'effetto dell'allargamento del suffragio, dell'ammissione di un numero crescente di persone al diritto elettorale attivo, e, quindi, dell'affermazione del concetto di democrazia, che produce il sillogismo: la guida del governo e dell'amministrazione è attribuita a chi è eletto, il quale siede nel Parlamento, che adotta le leggi.

Il terzo ancoraggio — quello del diritto amministrativo ai giudici — ha anch'esso un duplice significato, di strumento di protezione dei cittadini e di strumento di guida dell'amministrazione. Il potere amministrativo è sottoposto al controllo dei giudici; quando non lo è, si trasforma in arbitrio. Proprio alle origini del diritto amministrativo si è posto il problema se possa esservi una amministrazione libera dal controllo giudiziario, oppure se essa debba essere sottoposta al giudice; e ancora, se l'amministrazione debba essere sottoposta al giudice di diritto comune, cioè allo stesso giudice che giudica i rapporti tra i cittadini, o invece a un giudice speciale (Consiglio di Stato). Oggi il principio è fissato dall'art. 113 Cost., in base al quale contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammesso ricorso ai giudici. I giudici intervengono ampiamente nell'attività amministrativa: negli anni '70, il numero delle decisioni dei giudici era intorno a 4mila per anno e oggi è circa di 45mila per anno.

L'ancoraggio del diritto amministrativo al giudice è così forte che il diritto amministrativo si è sviluppato nel corso dell'Ottocento — secondo l'espressione di un noto amministrativista francese — "sulle ginocchia del Consiglio di Stato". D'altra parte, i primi studiosi del diritto amministrativo — com'è noto — erano consi-

glieri di Stato e, nello stesso tempo, professori universitari e autori delle prime trattazioni di diritto amministrativo; ancora oggi, nei paesi anglosassoni, l'attività dei giudici relativa alla pubblica amministrazione è la chiave di interpretazione dello stesso diritto amministrativo.

La crisi dello Stato.

Fino ad ora si è notato che il punto di partenza del diritto amministrativo è caratterizzato dall'ancoraggio del diritto amministrativo allo Stato, alla legge e ai giudici. Adesso vediamo come cambia questo ancoraggio.

In modi diversi, tutti e tre questi aspetti vengono trasformati. Il primo — l'ancoraggio allo Stato — si attenua a causa della crisi di tutti e due i paradigmi su cui si basava la teoria dello Stato applicata al diritto amministrativo, e cioè dello Stato come centro e dello Stato come unità.

a) Il concetto dello Stato come centro è posto in dubbio da due fenomeni che, in misura diversa, rompono le barriere nazionali. Il primo è quello rappresentato dalla istituzione di organismi multilaterali e internazionali che controllano settori di attività che prima erano di esclusivo dominio dello Stato, quali — ad esempio — il commercio delle monete e dei valori finanziari, l'attività di polizia, la difesa, l'uso delle piattaforme marine, l'uso dello spazio, il trasporto aereo, il commercio dei beni (l'organizzazione mondiale del commercio è una delle più recenti organizzazioni internazionali).

Quindi, là dove gli Stati rappresentavano in passato il centro della disciplina di tali attività, oggi, invece, esse sono sempre più sottoposte al controllo di organismi composti da più Stati. I regolatori nazionali cedono il controllo ai mercati globali. Di più: gli Stati non competono più — come nell''800 e all'inizio del '900 — per difendere il proprio territorio, ma per conquistare i mercati, trasformandosi da guardiani della sicurezza nazionale in guardiani della insicurezza delle nazioni, in un mercato che non ha più barriere nazionali.

L'elemento caratteristico di questi organismi multinazionali e internazionali è duplice: dal punto di vista strutturale, essi sono relativamente poco sviluppati, in quanto rappresentano "arene" di governi nazionali e hanno un basso tasso di organizzazione istitu-

zionale; dal punto di vista funzionale, sono basati essenzialmente sulle negoziazioni, sulla trattativa, sulle procedure informali e, quindi, complessivamente, si presentano quasi come strutture di tipo consociativo, come un cartello di *élites*.

Questi organismi in alcuni particolari settori sono più sviluppati, in altri meno, ma ormai esistono ovunque; è sufficiente l'esempio delle polizie a livello mondiale: esistono una organizzazione mondiale — l'Interpol — che ha ormai dipendenti fissi in numero superiore ad un migliaio, una europea — l'Europol — e, infine, una organizzazione di polizia propria di un gruppo di Paesi all'interno dell'Europa.

Ne consegue che oramai non è più vero che gli organismi internazionali non abbiano gli attributi propri della sovranità statale, ammesso che gli Stati abbiano sempre avuto, a loro volta, tali attributi (esercito, rapporti con l'estero, polizia, ecc.).

Il secondo fenomeno che pone in dubbio il concetto dello Stato come centro è rappresentato dalla formazione di organismi sovranazionali. L'esempio maggiore di questi è l'Unione europea, che conosce sviluppi interessanti, quali il trasferimento di funzioni nazionali a livello sovranazionale, il collegamento tra il livello sovranazionale e quello subnazionale, la diffusione di rapporti trasnazionali tra gli organismi nazionali e tra gli stessi organismi sub-nazionali di livello regionale e locale (sono circa 10mila le istituzioni rappresentative di interessi nazionali che hanno sede a Bruxelles e circa 80 gli uffici regolarmente riconosciuti di regioni o autorità autonome).

Per comprendere questo fenomeno di "perforazione" dello Stato bisogna tener conto non solo che si è sviluppato un sistema in cui gli Stati si organizzano al di sopra dell'area statale, ma anche che si sono organizzate in rete le entità sub-nazionali, che si collegano con entità sovranazionali, scavalcando — per così dire — gli stessi Stati (basti pensare al Comitato delle regioni, istituito dal Trattato di Maastricht nella Unione europea).

Parte della scienza giuridica sostiene ancora che l'Unione non è un ordinamento generale, e cioè non è una struttura politica primaria, perché non ha una polizia o un esercito. Peraltro, è sufficiente ricordare che una delle più grandi potenze mondiali dell'Ottocento — l'Inghilterra — era certamente uno Stato, pur non possedendo

una polizia nazionale (questa funzione, fino ai tempi recenti, è stata affidata alle autorità locali).

Un altro aspetto interessante di questi organismi sovranazionali (che non si sono formati solamente in Europa, ma in tutto il mondo, come ad esempio nell'America del Sud) è che essi dispongono di poteri normativi, amministrativi e giudiziari, pur non avendo sviluppato sempre le tre branche corrispondenti. Per esempio, nell'Unione europea, mentre il potere giudiziario è autonomo, quelli amministrativo e normativo non sono tra loro nettamente separati. La prova è che la motivazione degli atti, normalmente prevista negli Stati solo per quelli amministrativi, nell'ordinamento europeo è stabilita anche per gli atti normativi: vi è comunanza di principi tra il potere normativo e il potere amministrativo.

L'Unione, dunque, opera non con poteri divisi, ma con poteri condivisi. Infatti, il potere di iniziativa spetta, in principio, alla Commissione, ma, di fatto, la Commissione lo esercita congiuntamente con il Consiglio, e con gli stessi Stati nazionali, attraverso i circa 600 comitati costituiti — all'interno dell'Unione — da rappresentanti degli Stati (questi, costituiti per tenere sotto controllo nazionale la Commissione, vengono, di fatto, utilizzati per consentire alla Commissione di raccogliere il consenso delle burocrazie nazionali sulle proprie decisioni).

Il potere di decisione è del Consiglio, che è l'organo intergovernativo, ma nei fatti si esprime con il voto a maggioranza qualificata, e con le procedure di cooperazione e di codecisione introdotte dal Trattato di Maastricht, che prevedono un vero e proprio potere di coordinamento esercitato dalla Commissione, con la quale, di conseguenza, il Consiglio spartisce tale potere. Il voto a maggioranza qualificata comporta che un gruppo di Stati controlla l'attività della Comunità. Le procedure di cooperazione e di codecisione fanno sì che il Consiglio non possa adottare norme senza l'accordo o della Commissione o del Parlamento. La Commissione, unico centro di coordinamento, finisce per assumere la guida delle procedure di decisione.

L'attuazione delle decisioni comunitarie spetta, di diritto, agli Stati; ma, di fatto, si svolge sotto la direzione della Commissione.

Risulta da tutto ciò un governo a più livelli, dove dominano le

sovrapposizioni, le interferenze, la reciproca interdipendenza, la complementarietà e un'altissima complessità procedurale.

Quindi, questi organismi, da un lato, superano lo Stato; dall'altro, si sviluppano sulla base di un principio opposto a quello dello Stato, e cioè non sul principio della specializzazione dei poteri, ma su quello dei poteri condivisi.

b) Quanto osservato permette di comprendere la seconda tendenza sopraindicata, vale a dire la tendenza dello Stato a perdere le caratteristiche di unità proprie della struttura originaria, organizzata in modo gerarchico, o ad ordinamento compatto. Si assiste, infatti, ad una sorta di disaggregazione o perdita di coerenza e unità, in quanto i poteri pubblici statali tendono ad organizzarsi sempre più "a rete". Gli Stati diventano "porosi".

Un esempio in tale senso è quello della normativa antiriciclaggio (decreto legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito dalla legge 5 luglio 1991, n. 197), che regola la collaborazione tra le autorità nel settore. Essa stabilisce che "in deroga all'obbligo e al segreto d'ufficio, le autorità amministrative che esercitano la vigilanza sugli enti creditizi e sugli altri enti, società e industrie indicate nell'art. 4 possono scambiarsi informazioni e collaborare, a condizione di reciprocità, con le competenti autorità amministrative degli Stati esteri per il perseguimento dei fini di cui al presente decreto". Ciò significa che le autorità di settore, pur obbligate a rispettare il segreto di ufficio con le altre autorità nazionali, possono derogare a tale obbligo nei rapporti con le autorità di settore di altri Stati, a condizione di reciprocità. Così, si afferma la "disunione" dello Stato e si rafforza il legame tra organismi ordinati "a rete".

Diritto amministrativo e legge.

Fino ad ora, si è detto della perdita dell'ancoraggio del diritto amministrativo allo Stato. La seconda trasformazione - di cui si parlerà più brevemente — è costituita dalla crisi dell'ancoraggio del diritto amministrativo alla legge.

Questa crisi comprende tre diversi aspetti. Il primo è quello della crisi della legge e della concezione onnicomprensiva, rousseauiana, del Parlamento. È sufficiente un esempio: lo stesso concetto di democrazia "mite" — com'è stato di recente evidenziato — implica che la pubblica amministrazione debba sottostare alla legge,

ma che, a sua volta, la legge debba corrispondere al dettato della Costituzione. Quindi, la previsione di una legge superiore (*higher law*) può comportare che l'attività di un'autorità amministrativa, pur pienamente legittima secondo il primo criterio — quello della legge —, sia illegittima costituzionalmente. Ne consegue che non vi è solo la legittimità tradizionale dell'amministrazione, ma una legittimità ulteriore, superiore alla stessa legge.

Il secondo aspetto è quello della legittimità intesa come mero ossequio della legge. Solo in un numero limitato di casi, il giudice riscontra che il provvedimento amministrativo sottoposto al suo controllo contiene una regola contraria al dettato della legge. Casi così palesi di violazione di legge sono, infatti, rari, mentre molto maggiori sono i casi in cui il giudice applica criteri generali (congruità, coerenza, logicità, proporzionalità, e così via), spesso da esso stesso dettati. Dunque, la legge non è sufficiente; oltre la legge esistono principi che i giudici stessi vanno creando, tant'è che la dottrina francese non parla più di principio di legalità, ma di *règle de droit*.

Il terzo aspetto discende da quanto detto in precedenza: non esiste una legittimità soltanto statale, ma anche una legittimità superiore, derivante dalle norme dell'Unione europea. Le amministrazioni pubbliche debbono rispettare non solo la prima, ma anche la seconda. Il diritto comunitario, a sua volta, è in parte creato dall'Unione, in parte costituito da principi comuni degli ordinamenti giuridici dell'area europea e riconosciuti nell'ordinamento europeo.

La Costituzione, la *règle de droit*, il diritto comunitario, se attenuano l'esclusiva dipendenza del diritto amministrativo dalla legge statale (per cui il diritto amministrativo è sempre meno diritto posto dal Parlamento nazionale), sottopongono l'amministrazione a un numero sempre crescente di vincoli.

Si aggiunga che la stessa burocrazia, per altro verso, è sempre più interessata a ricorrere alla legge. Consacrare in legge decisioni amministrative evita, da un lato, all'amministrazione di dover assumere responsabilità dirette. Dall'altro, mette le decisioni amministrative sotto la protezione del Parlamento, evitando che su di esse si possano pronunciare giudici che — come vedremo — sono divenuti sempre più aggressivi.

A queste tendenze contraddittorie se ne aggiunge un'altra ancora, imposta dal bisogno di lasciare un autonomo spazio di decisione all'amministrazione. Questa, per curare la somma enorme di compiti affidatile, non può essere una macchina meramente esecutrice. Se deve essere responsabile non solo dinanzi alla legge, ma anche dei risultati della sua azione verso i cittadini, deve disporre di spazi liberi. Per questo le vengono affidati poteri autonomi di gestione.

Emergono, in conclusione, numerosi paradossi. Da un lato, l'amministrazione si protegge frequentemente sotto decisioni sostanzialmente amministrative, ma formalmente legislative; dall'altro, all'amministrazione si richiede maggior autonomia. Da un lato, l'ancoraggio alla legge diventa più forte; dall'altro, esso si attenua, perché acquistano importanza altri vincoli, quelli che discendono dalla Costituzione, dai principi giuridici di formazione giudiziale e dal diritto comunitario.

I giudici e l'amministrazione.

Il terzo mutamento è quello relativo all'ancoraggio del diritto amministrativo al giudice. A tal riguardo, il cambiamento fondamentale degli ultimi anni è questo: gli interventi sporadici dei giudici sulla pubblica amministrazione sono diventati interventi diffusi. Ciò significa che ogni procedimento amministrativo rilevante continua e si conclude in un processo amministrativo, sotto il controllo del giudice. Quindi, l'idea tradizionale della distinzione tra l'amministrazione e la giustizia sull'amministrazione - e cioè la netta separazione tra chi decide e chi controlla in sede giudiziaria - non esiste più.

Al ricorso frequente dei cittadini ai giudici, si aggiunge l'atteggiamento aggressivo di questi ultimi. Arbitri una volta soltanto delle sorti del provvedimento amministrativo, lo sono diventati, poi, anche dell'intero procedimento. Dalla decisione amministrativa hanno esteso il loro sindacato al rapporto amministrativo. Non esitano ad esercitare una sorta di giustizia arbitrale, che va oltre il sindacato di legittimità, fino a trasformarsi in veri e propri *cadì*, valutando persino atti politici (ad esempio, risposte governative ad interrogazioni parlamentari), mescolando merito e legittimità, diritto, equità e giustizia.

Questi sviluppi, se possono appagare in qualche caso aspettative dei cittadini che non potrebbero essere altrimenti soddisfatte, producono guasti, in generale, non poco gravi. Gli uffici pubblici e i loro titolari, infatti, già impauriti dagli interventi del giudice penale (questo aspetto qui non è considerato, ma è divenuto una delle concause maggiori dell'inerzia amministrativa), finiscono per rimettersi ai giudici con la stessa prontezza con la quale, per altro verso, ricorrono alla legge. Sebbene il ricorso alla legge sia spesso dovuto — come notato — proprio alla esigenza di sottrarsi ai giudici, le due spinte producono, insieme, una vera e propria fuga dall'amministrazione.

In secondo luogo, pur non esistendo nell'ordinamento italiano le c.d. *class action* — azioni promosse da un singolo, ma che producono effetti con riguardo all'intera categoria interessata — le decisioni del giudice in casi che coinvolgano più persone determinano comunque effetti nei confronti dell'intera categoria e, quindi, risultati che vanno oltre il soggetto interessato. L'ordinamento giuridico tende ad estendere in via amministrativa i giudicati amministrativi, con tentativi — un poco maldestri — di leggi recenti (l. 23 dicembre 1994, n. 724, art. 22.34 e l. 28 dicembre 1995, n. 549, art. 1.45) di porre un riparo, seppur parziale, a questo fenomeno. Ma se l'ancoraggio dell'amministrazione al giudice, da un lato, si rafforza, dall'altro, è entrato in crisi, dal momento che, accanto ai giudici nazionali, esistono un Tribunale di primo grado delle Comunità europee e la Corte di giustizia. Ciò implica che, oltre ai giudici nazionali, vi sono anche giudici sovranazionali, che si avvalgono del diritto amministrativo europeo, in funzione di protezione dei cittadini contro le amministrazioni nazionali. Quindi, il cittadino europeo viene ad essere tutelato due volte: la prima da un giudice e da un diritto nazionali, la seconda volta da un giudice e da un diritto sovranazionali. Da ultimo, la penetrazione dei giudici nella pubblica amministrazione, nei modi descritti, rende difficile all'amministrazione il ricorso ai metodi tradizionali di reazione al giudicato, quali l'ottemperanza parziale, la dilazione nell'ottemperanza, l'adozione di una nuova decisione, la legislazione di validazione.

Tre le conclusioni di questa analisi. Prima: il diritto amministrativo è sempre meno statale, ma non per questo svincolato dal diritto. Anzi, esso risulta legato ad una pluralità di diritti e di ordinamenti.

Seconda: il diritto amministrativo è sempre più sottoposto a decisioni giudiziarie, con la conseguenza che, oggi, amministrare e giudicare tendono a diventare una cosa sola. Terza: l'irruzione di nuovi vincoli (costituzionali e comunitari) e la guida dell'amministrazione assunta dai giudici riducono lo spazio della gestione amministrativa, proprio quando di essa c'è più bisogno.

A causa di tanti cambiamenti, il diritto amministrativo è in crisi? A questa domanda può rispondersi, sinteticamente, che, se crisi c'è, essa riguarda più l'aggettivo che il sostantivo, perché il diritto circonda sempre più l'amministrazione, è in pieno sviluppo. E può aggiungersi che, se crisi c'è, è meno crisi degli ordinamenti che crisi intellettuale, della capacità di analisi di una scienza giuridica abituata da troppo tempo a una storia fredda, senza cambiamenti, che consentiva di procedere per accumulazione e perfezionamento di tecniche.

LE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO DAL XIX AL XXI SECOLO (*)

1. Diritto amministrativo, pubblica amministrazione, scienza del diritto amministrativo. — 2. L'idea di trasformazione nel diritto amministrativo. — 3. *Unser Verwaltungsrecht ist ein junges Recht*. — 4. I caratteri originari. — 5. La situazione odierna. — 6. Caratteri, paradossi e conseguenze delle trasformazioni del diritto amministrativo.

1. *Diritto amministrativo, pubblica amministrazione, scienza del diritto amministrativo.*

Tratterò del diritto amministrativo e della sua trasformazione. Due elementi che appaiono chiari, ma richiedono, invece, precisazioni preliminari.

Innanzitutto, è difficile distinguere il diritto amministrativo dal suo oggetto (la pubblica amministrazione) e dal modo in cui esso viene studiato (la scienza del diritto amministrativo). Tra questi elementi diversi vi sono molte relazioni reciproche. L'assetto della pubblica amministrazione influenza il diritto che la riguarda: se quella è policentrica o frammentata, il diritto avrà caratteristiche meno uniformi o unitarie. D'altro lato, le norme sono conosciute attraverso l'interpretazione, a mezzo di un ragionamento logico, e la scienza — come è stato spesso osservato — riutilizza sempre una parte delle acquisizioni anteriori della stessa scienza giuridica, per cui nozioni tradizionali, elaborate dalla scienza, come quelle di ente pubblico o di concessione, fungono da selettori e da criteri ordinatori del materiale giuridico nuovo sul quale operano i giuristi.

Questa avvertenza serve a chiarire le difficoltà di concentrarsi esclusivamente sulle trasformazioni del diritto e la necessità di

---

(*) Lezione al seminario su *De los ferrocarriles a las telecomunicaciones; las transformaciones del Derecho Administrativo: tiempo, forma y espacio*, organizzato dalla UIMP, Barcellona, 18 luglio 2001.

considerare, lateralmente, anche le trasformazioni sia della pubblica amministrazione, sia della scienza giuridica (1).

2. *L'idea di trasformazione nel diritto amministrativo.*

L'idea di trasformazione del diritto amministrativo ha una sua piccola storia, che non è stata scritta, ed ha subìto, a sua volta, più di una trasformazione.

Léon Duguit, nel 1913, scriveva un piccolo libro, che ha avuto una grande influenza (2), nel quale segnalava una « transformation particulièrement profonde et active » nel diritto pubblico, dove si sarebbe verificata la « disparition du système impérialiste »: « la notion du service public vient remplacer celle de souveraineté » e mutano le nozioni di legge, di atto amministrativo, di giustizia amministrativa e di responsabilità dello Stato (3).

Otto Mayer, nella premessa (1923) alla terza edizione del suo manuale, pubblicata nell'anno della sua morte (4) scrive: « Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht »: « dies hat man anderwaerts schon laengst beobachtet ».

Dunque, mentre per uno dei due « costruttori di cattedrali » del diritto amministrativo francese, questo ramo del diritto, nel secondo decennio del secolo XX, era nel corso di una trasformazione profonda, il fondatore del diritto amministrativo tedesco, sosteneva, nel terzo decennio del secolo XX, che il diritto costituzionale passa, mentre quello amministrativo resta; e affermava che ciò era stato già da lungo tempo ed altrove osservato.

Le due affermazioni così diverse di osservatori tanto importanti possono spiegarsi solo contestualizzandole e storicizzandole. Il punto di vista di Duguit, espresso l'anno prima dello scoppio della prima guerra mondiale, riflette l'opposizione Francia-Germania. Duguit, infatti, enfatizza il passaggio del diritto amministrativo dalla

---

(1) Sulle quali, in generale, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*[5], Milano, 2000, p. 23 ss. e *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, p. 374 ss.

(2) L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, rist. Paris, *La mémoire du droit*, 1999.

(3) L. DUGUIT, *op. ult. cit.*, IX, XIX e *passim*.

(4) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*[3], Berlin, 1924, II.

puissance publique, che trova la sua origine nella tedesca *Herrschaft*, al *service public*, nozione tipicamente francese. Alla base della posizione di Duguit c'è, dunque, un punto di vista antiautoritario e nazionalista.

La posizione di Mayer, che egli attribuisce alla tradizione, riflette, invece, un motivo interno, di rifiuto della costituzione di Weimar, adottata qualche anno prima, alla quale il giurista di Strasburgo era rimasto estraneo (5). Stabilire fin nella premessa che, anche se la costituzione cambia, il diritto amministrativo resta immutato, voleva dire isolare il diritto amministrativo da quello costituzionale, metterlo al riparo dalle trasformazioni, accogliere l'idea della sua immutabilità.

Questi due punti di vista, quello della trasformazione e quello della stabilità, sono riapparsi in epoca successiva, intrecciandosi in modi diversi.

Alla metà del secolo XX, il maestro della generazione successiva a quella di Duguit e Hauriou, un giurista fortemente influenzato dalla cultura austriaca e da Kelsen, Charles Eisenmann, segnalava la « immensité des transformations qu'a subies... le droit administratif », che imponevano una « nécessaire révolution doctrinale » (6).

Nello stesso senso si è più volte espresso il maestro della terza generazione dei cultori italiani di diritto amministrativo, Massimo Severo Giannini, richiamando le « riforme di struttura » degli anni '30 e criticando la scienza giuridica per averle fatte passare inosservate (7).

Più diffuso il punto di vista opposto, sia perché il motto riferito dal Mayer ha poi avuto grande fortuna, sia per la forte sopravvivenza delle leggi amministrative, la stabilità o vischiosità dei concetti di base della giurisprudenza, l'azione conservatrice della scienza giuridica, influenzata dalla pandettistica, che credeva ai dogmi o almeno alle invarianti.

Queste brevi osservazioni consigliano sia di storicizzare l'idea stessa di trasformazione del diritto amministrativo, sia di valutarne la

---

(5) J.M. Woehrling, *Otto Mayer, un acteur de la coopération interculturelle juridique franco-allemande*, in *La revue administrative*, 1999, n. 7, p. 24 ss.

(6) C. Eisenmann, *Cours de droit administratif (1951-52)*, I, Paris, 1982, p. 142-43.

(7) Si vedano, per tutte, le osservazioni svolte in M.S. Giannini, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, p. 15.

portata retorica. Questo non vuol dire che le trasformazioni non esistono in sé e per sé, oppure che il punto di vista di chi ne parla è sempre necessariamente relativo e soggettivo. Vuol dire, piuttosto, che l'idea di trasformazione, nel nostro campo, si è caricata di un sovrappiù di valori, alcuni enfatizzandone la portata, altri sminuendola, per fini diversi, per lo più ideologici e culturali.

Per questo motivo, un discorso sulle trasformazioni non dovrebbe essere presentato in termini oggettivistici, ma dovrebbe essere sempre accompagnato da un'analisi del modo in cui le trasformazioni sono individuate, giudicate, valutate, talora sopravalutate, spesso sottovalutate, o talora persino non rilevate.

3. Unser Verwaltungsrecht ist ein junges Recht.

Passo, ora, ad una terza precisazione preliminare, relativa al periodo considerato per misurare le trasformazioni. Queste, infatti, possono essere individuate solo prendendo una data di partenza e una di arrivo, e ponendole a raffronto.

Ora, nella prima metà del secolo XIX, Alexis de Tocqueville (8), osservava che il diritto amministrativo era « une science aussi nouvelle et encore aussi contestée » e all'inizio del XX secolo Otto Mayer notava che « unser Verwaltungsrecht ist ein junges Recht » (9).

Per stabilire con precisione il punto iniziale, bisogna ricordare che, se è vero che nel 1819 fu per la prima volta impartito un corso di diritto amministrativo in un'università francese, il periodo che va dal 1789 al 1870 va definito come fase di gestazione (10), mentre la fioritura comincia solo nel 1870. Dunque, i caratteri principali del diritto amministrativo si fissano solo nel secondo quarto della seconda metà del XIX secolo, con la crescita degli Stati, l'« end of laisser-faire » (11) e i primissimi sviluppi del *Welfare State*.

---

(8) A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur le livre de Macarel, Cours de droit administratif* (1846), in A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, 1866, p. 65.

(9) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 18.

(10) Così F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995, p. 27 ss., che segue la nota ricostuzione di Hauriou.

(11) Secondo la classica interpretazione di A.V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento* (1905), tr. it., Bologna, 1997.

Fissata la data di riferimento iniziale, quella finale va collocata tra gli ultimi decenni del XX secolo e l'inizio di quello successivo, quando nell'area culturale francese si sviluppa l'idea di una « crise du droit administratif » (12), provocata dalla lentezza della giustizia amministrativa, dalla crisi della nozione di servizio pubblico, dal distacco tra scienza e giurisprudenza, e nell'area culturale tedesca si comincia a parlare di « neues Verwaltungsrecht » (13).

Naturalmente, avendo fissato un punto iniziale ed uno finale ed avviandomi a considerare l'uno e l'altro, rimarranno nascosti i passaggi intermedi, le accelerazioni, gli arretramenti. Gli sviluppi dall'inizio alla (provvisoria) fine non sono, infatti, lineari. Vi sono inversioni di tendenza e rallentamenti. Per cui le trasformazioni intermedie del percorso indicato rimarranno nascoste.

4. *I caratteri originari.*

Quali caratteri aveva il diritto amministrativo verso la fine del XIX secolo (14)?

Il *primo* carattere era quello della *nazionalità*. Il diritto amministrativo aveva un forte legame con lo Stato e questo con il territorio, inteso come spazio dell'identità, per cui vi era interpenetrazione tra forza e territorio. Sconfitti i sostenitori delle libertà locali, i poteri erano stati ordinati secondo il criterio della centralizzazione (15). E il principale strumento della centralizzazione era il diritto amministrativo. Quest'ultimo aveva una posizione privilegiata nello Stato.

Secondo: « ... le caractère dominant du droit administratif, c'est

---

(12) F. BURDEAU, *op. ult. cit.*, p. 459 (ma di crisi aveva già parlato Maurice Hauriou).

(13) R. SCHMIDT, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in *Verwaltungs-Archiv*, 2000, p. 168. Per una riflessione generale sul diritto amministrativo attuale, vanno considerati i numeri speciali, interamente dedicati al *droit administratif*, dalla rivista *Actualité juridique - Droit administratif*, 20 juin 1995 e dalla rivista *Pouvoirs*, n. 46/1988, nonché il volume a cura di G. MARCOU, *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, Paris, 1995.

(14) Ci si limita qui a trattare delle linee portanti del diritto amministrativo, non dei contenuti vari che esso ha avuto, nel corso di più di un secolo di vita, dall'ingerenza pubblica nell'economia alla formazione dello Stato-provvidenza, alle privatizzazioni, alle liberalizzazioni, alle regolazioni e al controllo della finanza pubblica.

(15) *900. I tempi della storia*, a cura di C. Pavone, Roma, 1997, ove specialmente il saggio di L. PAGGI, *Un secolo spezzato. La politica e le guerre*, p. 81 ss.

que l'intérêt public fait imposer à l'interêt privé de nombreux sacrifices. Cela est dans la nature des choses », scrive uno dei primi studiosi francesi di diritto amministrativo (16). Ad Aucoc fa eco, più tardi, il Mayer, che colloca tra i « Grundzüge der Verwaltungsordnung » la « bindende Kraft des Verwaltungsrechtssatzes » (17).

Dalla necessaria superiorità dell'interesse pubblico e dalla forza vincolante della decisione amministrativa è agevole il passaggio alla nozione di supremazia della pubblica amministrazione.

Contro questa posizione di forza del diritto amministrativo si svilupperà il principio di legalità. Da principio si riteneva che « tutto ciò che è d'amministrazione è oggetto di solo regolamento », per cui il legislatore « non deve occuparsi che delle imposte e delle leggi civili generali » (18). Si passò, poi, alla tesi che la legge « se contente de promulguer quelques principes fondamentaux, de conférer des pouvoirs généraux à l'administration et de l'armer de certains droits » (19), fino a collocare la « Herrschaft des Gesetzes » tra i « Grundzüge der Verwaltungsordnung » (20).

Il problema immediatamente successivo era, naturalmente, definire il modo in cui i poteri conferiti all'amministrazione dovessero essere esercitati. Divenuti rappresentativi i Parlamenti, questi, infatti, utilizzarono la legge come strumento di tutela dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Si coniò il termine di discrezionalità, come la « possibilità di scelta tra una pluralità di soluzioni egualmente consentite dal diritto obiettivo » (21).

Dunque, nella seconda caratteristica originaria del diritto amministrativo sono legati insieme supremazia dell'amministrazione, principio di legalità, potere discrezionale.

Il *terzo* dei caratteri originari del diritto amministrativo è racchiuso nell'espressione « régime administratif ». Questo comprende

---

(16) L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*[3], Paris, 1885, p. 27.

(17) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 75 ss.

(18) Così Napoleone secondo un testimone coevo cit. in L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 253.

(19) Vivien, *Etudes administratives*[3], Paris, 1859, p. 19.

(20) O. Mayer, *op. ult. cit.*, p. 65 ss.

(21) A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, in L. Mannori-B. Sordi, *op. ult. cit.*, 368.

le « prérogatives de l'administration » (il termine proviene dall'antico diritto, nel quale 'prerogativa' indicava i poteri del sovrano), quale la disponibilità di funzioni dette di polizia o autoritative, che autorizzano i poteri amministrativi a penetrare nella sfera dei diritti dei privati senza il « privilège du préalable » o esecutorietà (22).

L'assegnazione all'amministrazione di poteri esorbitanti farà dire che il diritto amministrativo è un diritto speciale, diverso da quello privato, perché fondato su una radicale diseguaglianza, unilaterale, singolare. E condurrà alla ricerca di specie diverse di proprietà, contratti e responsabilità, proprie di questo diritto e separate da quello privato.

Il diritto amministrativo usciva così dal dominio del diritto privato, che l'aveva fino allora fatta da padrone, e costituiva un proprio sistema di regole e principi, dove la contrattualità e il consenso risultavano limitati dalla presenza di un diritto più pesante. Si formava, così, la dicotomia diritto amministrativo-diritto civile.

L'asserita specialità del diritto amministrativo, pur fondata su cospicui elementi di diritto positivo, una volta ipostatizzata, diveniva generale e veniva applicata per ogni dove, con l'effetto di imporre distorsioni e salti, come quando si costruiva il contratto di lavoro tra dipendente e pubblica amministrazione nei termini di un atto imperativo di nomina, preceduto da una volontaria sottoposizione del privato ad esso.

In *quarto* luogo, il diritto amministrativo era un diritto eminentemente governativo. L'amministrazione, parte dell'esecutivo, ne condivideva i tratti essenziali (unitarietà, accentramento, uniformità). E dall'amministrazione queste caratteristiche si riflettevano sul diritto amministrativo.

In *quinto* luogo, alla specialità del diritto si accompagnava la specialità del suo giudice, fondata sulla separazione tra materia amministrativa e materia giudiziaria, tra potere esecutivo e potere giudiziario, tra amministrazione e giustizia (23).

All'inizio, l'« affrancazione dalla giustizia » era completa (24), in

(22) M. Hauriou, *Précis de droit administratif* [2], Paris, 1933 e F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 123.

(23) L. Mannori - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 279 ss.

(24) L. Mannori - B. Sordi, *op. ult. cit.*, p. 257.

virtù, in Francia, dell'art. 13, titolo II, della legge 16-24 agosto 1790, per cui « i giudici non potranno turbare in alcun modo le attività dei corpi amministrativi » e i dipendenti pubblici erano sottratti sia ai tribunali civili, sia a quelli penali.

Successivamente, l'amministrazione, rimanendo sottratta ai giudici civili, sarà sottoposta a quelli penali e ad un giudice speciale. Ma il contenzioso non avrà finalità di tutela di situazioni giuridiche soggettive private. Si dirà che il giudizio amministrativo è obiettivo, serve a realizzare la giustizia nell'interesse dell'amministrazione, per cui il ricorrente è, in sostanza, un attivatore: « ... on distingue les recours qui tendent au rétablissement de la légalité générale, ou *objective*, et ceux qui, fondés sur un droit *subjectif*, tendent au rétablissement d'une situation personnelle méconnue. Dans ce dernier cas, le demandeur invoque *son* droit; dans le premier, il défend le Droit. Le recours pour excès de pouvoir est le type des recours objectifs, le recours de plein contentieux au sens strict, le type des recours subjectifs » (25).

5. *La situazione odierna.*

Passo alla situazione odierna, esaminando, una per una le trasformazioni subite dai cinque elementi originari.

In *primo* luogo, lo Stato non è più l'unica cerniera del diritto amministrativo. Si registra una crisi della territorialità dello Stato e, corrispondentemente, un'europeizzazione e internazionalizzazione del diritto amministrativo.

Il criterio della nazionalità cede, innanzitutto, rispetto all'Unione europea, che acquisisce una posizione dominante in molti campi, tra cui il diritto amministrativo.

L'europeizzazione è un fenomeno complesso, che si svolge in più modi: con l'integrazione delle amministrazioni nazionali tra di loro e in quella sovranazionale (26); attraverso il condizionamento comunitario dell'indipendenza delle autorità di regolazione; a mezzo della rottura del legame tradizionale tra nazionalità e funzione

(25) J. Rivero - J. Waline, *Droit administratif*[15], Paris, 1994, p. 182.

(26) S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, p. 159 ss.

pubblica; con la disciplina comunitaria di alcune principali materie amministrative, come i contratti; mediante l'affermarsi di principi comunitari, quali quelli di non discriminazione e di trasparenza; con la diffusione comunitaria di principi di diritti amministrativi nazionali, come quello di proporzionalità.

L'europeizzazione dei diritti amministrativi nazionali li rende strumentali al diritto sovranazionale e produce una loro doppia dipendenza, dallo Stato e dall'Unione europea. Ma all'europeizzazione si affianca l'emersione di un diritto amministrativo europeo, fenomeno per l'innanzi impensabile per l'indissolubile legame tra Stati e diritti amministrativi (27).

Il diritto amministrativo europeo, a sua volta, è composto di due parti. La prima e più semplice è quella di derivazione comunitaria diretta, nel senso che si tratta di norme, principi, organi, atti, procedimenti, personale comunitario. La seconda e più complessa è quella comune (in senso diverso da comunitario), costituita dalle comuni tradizioni giuridiche dei diversi diritti amministrativi statali. Tra questi ultimi, in virtù dell'ordinamento comunitario unitario, si stabiliscono legami, che portano ad una interpenetrazione reciproca. All'armonizzazione dall'alto si affianca la comunicazione reciproca tra ordinamenti e persino la concorrenza tra di loro (28).

Il legame tra diritti amministrativi e relativi Stati non è logorato solo (nell'area europea) dall'europeizzazione, ma anche dallo sviluppo dell'internazionalizzazione degli Stati. Non vi è, ora, settore del diritto amministrativo, dalla polizia alla tutela dell'ambiente, al controllo della finanza, al commercio, ecc., nel quale non vi sia un'organizzazione internazionale che stabilisce *standards*, emana direttive, controlla, ecc.

In conclusione, il diritto amministrativo, prima legato a ciascuno Stato, è oggi legato a una pluralità di ordinamenti giuridici e di diritti (29).

---

(27) Il punto è messo in luce da E. SCHMIDT-ASSMAN, *Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2000, p. 159 ss.

(28) S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 601 ss.

(29) S. CASSESE, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 872. Da ciò discende anche una maggiore complessità del diritto amministrativo, su cui F. BURDEAU, *La complexité n'est-elle pas inhérente au droit*

In *secondo* luogo, la supremazia del diritto amministrativo viene erosa. Dapprima essa cessa di essere un attributo permanente dell'amministrazione e del diritto amministrativo e diviene un privilegio che deve essere concesso volta per volta dalla legge. Poi, alla supremazia e all'unilateralità si sostituiscono il consenso e la bilateralità. Infine, il cittadino non è più posto in una posizione di subordinazione. La lista dei suoi diritti nei confronti della pubblica amministrazione viene arricchita dalle leggi sul procedimento amministrativo, dalle carte dei servizi e, talora, persino dalle Costituzioni (30).

Questo passaggio, però, non riduce il potere amministrativo a entità di diritto comune. Anche nell'amministrazione consensuale permane un'asimmetria di fondo tra potere amministrativo e privati. Per cui il processo di giuridificazione non si arresta, anzi continua in due modi diversi. Da un lato, al principio di legalità si aggiunge la « regola di diritto » (31) per cui l'amministrazione viene sottoposta a più livelli normativi (europeo, costituzionale, nazionale) e il diritto penetra più profondamente nell'amministrazione.

Dall'altro lato, l'amministrazione procede come un giudice, nel senso che la sua attività viene procedimentalizzata, al privato sono assicurati sia l'accesso agli atti tenuti dall'amministrazione, sia il diritto di intervenire e difendersi, nel corso dell'attività amministrativa, dinanzi alla pubblica amministrazione.

In *terzo* luogo, entra in crisi la differenza tra diritto amministrativo e diritto comune, perché il diritto amministrativo si sviluppa, ma in forme privatistiche (32).

Questo fenomeno è stato segnalato dai giuristi che hanno studiato « l'échec du critère unique » (33) e l'« interaction between

---

administratif? e (per la giustizia amministrativa) R. DRAGO, *La tenaille - Réflexions sur l'état du droit administratif*, ambedue in Université de Paris II, *Clefs pour le siècle*, Paris, 2000, rispettivamente p. 417 e p. 436.

(30) S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 1015.

(31) S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., p. 195.

(32) Sul dualismo, D. TRUCHET, *La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire? A propos des catégories juridiques en droit administratif*, in Université de Paris II, *Clèfs pour le siècle*, cit., p. 444.

(33) P. WEIL, *Le droit administratif* [7], Paris, 1978, p. 67 ss.

the two bodies of law » (34) ed è stato, poi, analizzato dagli storici del diritto amministrativo, che parlano di « recul du régime administratif », prodotto dallo sviluppo dei servizi pubblici a gestione privata (servizi pubblici a carattere industriale e commerciale) e della gestione privata nei servizi pubblici (35), e di « contrazione della specialità amministrativa » o di « specialità aperta e multiforme » (36).

Il fenomeno indicato si sviluppa sotto la pressione di due forze, quella degli interessi e quella delle ideologie. I primi spingono il diritto amministrativo ad assumere vesti privatistiche per agevolare l'azione amministrativa, impedita dai vincoli pubblicistici. Le seconde operano nello stesso modo delle correnti liberali dell'Ottocento, in favore della limitazione dell'impero del diritto speciale e della sottrazione dell'amministrazione al diritto privato, ritenuto quello più conforme al regime della libertà (37).

Il risultato di queste forze non agisce, però, nel senso della semplice sostituzione del diritto privato al diritto amministrativo.

In primo luogo, il diritto privato diviene prevalente come forma, non come sostanza: l'area del diritto amministrativo diminuisce a favore del diritto privato nel senso che figure giuridiche, situazioni giuridiche, atti, hanno la forma del diritto privato, ma sono dominati dal soggetto pubblico e, quindi, dalla volontà pubblica.

In secondo luogo, la diffusione di forme di collaborazione, cooperazione, consenso tra autorità pubbliche e privati non rende, tuttavia, le posizioni del soggetto pubblico e di quello privato più simmetriche, per cui si ripresenta il problema, noto al diritto privato, della convivenza di posizioni differenziate in rapporti formalmente paritari.

In terzo luogo, la confluenza di diritto amministrativo e diritto privato produce un rifrazione di istituti, per cui le nozioni fondamentali del diritto amministrativo (ad esempio, servizio pubblico ed ente pubblico), si dilatano, snaturano e degradano, fino a divenire

---

(34) M. Taggart, *The Province of Administrative Law Determined?*, in *The Province of Administrative Law*, ed. by M. Taggart, Oxford, 1997, p. 5.

(35) F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 428.

(36) L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. VII e p. 524.

(37) C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, cit., p. 566.

indefinibili (38) e si moltiplicano statuti, modelli, tipi, a causa della loro ibridazione.

Infine, questa attenuazione delle differenze non riduce il dualismo dei diritti, realizzando l'impossibile sogno di coloro che lo disapprovano, in nome del monismo (39): il dualismo permane, sia pur in forme diverse.

In *quarto* luogo, si registra un'eclissi del governo dal diritto amministrativo. Questo era, in passato, dominato dai governi nazionali. Ora il diritto amministrativo diviene meno governativo per l'influenza che vi esercita la Commissione dell'Unione europea, per la separazione tra politica e amministrazione prodotta dall'esigenza di imparzialità e dall'ampliamento dei poteri pubblici, e per lo sviluppo delle autorità indipendenti al centro e dei poteri rappresentativi locali in periferia.

Il diritto amministrativo cade, così, nelle mani di più amministrazioni pubbliche, ordinate secondo modelli multiorganizzativi, che non dipendono da un unico centro e tra le quali vengono a stabilirsi complicate relazioni definite intergovernative, ma in realtà interamministrative.

La sottrazione (parziale) delle amministrazioni al governo modifica il segno della funzione del principio di legalità. Nella sua formulazione iniziale, questo serviva ad ergere la legge a baluardo contro le invadenze dell'esecutivo. Successivamente, è divenuto il mezzo per assicurare la sottoposizione dell'esecutivo all'indirizzo stabilito dal Parlamento. Nei regimi parlamentari, dove il governo è il padrone della maggioranza parlamentare, però, la legge e il principio di legalità sono divenuti anche il mezzo per dotare il governo di tutti gli strumenti per guidare le pubbliche amministrazioni. E, quando si è cominciato a sottrarre queste al dominio del governo, quest'ultimo ha cominciato ad usare la legge per tenere sotto il proprio controllo le amministrazioni che le sfuggono.

In *quinto* luogo, le amministrazioni pubbliche sono sottoposte interamente al giudice (40) e questo diviene sempre meno speciale.

Infatti, il giudice amministrativo acquista tutta la panoplia dei

---

(38) F. Burdeau, *op. ult. cit.*, p. 417.

(39) Di cui scriveva C. Eisenmann, *op. ult. cit.*, p. 142.

(40) S. Cassese, *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, cit., p. 722; ma, in

poteri del giudice nei riguardi dell'amministrazione, mentre prima, per rispettare la regola per cui la pubblica amministrazione è subordinata al potere legislativo, ma indipendente da quello giudiziario (41), il giudice aveva poteri limitati nei confronti di essa. In questo senso, il giudice amministrativo diviene sempre meno speciale.

Ma questo sviluppo della giurisdizione sull'amministrazione non avviene senza difficoltà. Una di queste deriva dallo sviluppo, accanto all'amministrazione autoritativa, di quella di prestazione. Il diritto amministrativo, da *Kollisionsrecht*, diviene così *Distributionsrecht* (42) e pone non pochi problemi al giudice, che è più attrezzato per aggiudicare che per distribuire.

6. *Caratteri, paradossi e conseguenze delle trasformazioni del diritto amministrativo.*

Ogni organismo sociale ed ogni sistema di concetti si trasforma con il passare del tempo. Non meno importante, quindi, della direzione della trasformazione sono i suoi caratteri e i paradossi che essa produce.

Delle caratteristiche delle trasformazioni in corso del diritto amministrativo due sono importanti. La prima è la sua velocità, la seconda la sua continuità.

I cambiamenti del passato hanno richiesto secoli. Quelli attuali avvengono in un tempo breve, con grande speditezza. Il diritto civile ha avuto una grande stabilità nel corso del tempo. Il diritto amministrativo è, invece, stato caratterizzato da cambiamenti via via più veloci (43).

Negli anni più recenti (l'ultimo quarto di secolo), la velocità si è accompagnata alla continuità: il diritto amministrativo è retto da un disegno che cambia continuamente, perché la riforma diventa una

---

precedenza, P. Weil, *Le droit administratif*, cit., p. 91 ss. e *Droit administratif - bilan critique*, in *Pouvoirs*, n. 46/1988.

(41) Così L. Aucoc, *Conférences sur l'administration*, cit., p. 93.

(42) R. Schmidt, *Die Reform*, cit., p. 150.

(43) Osserva ciò anche per il diritto civile contemporaneo G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, p. 412.

funzione pubblica permanente (44), tant'è vero che vengono ovunque istituiti ministeri o uffici centrali variamente denominati, di riforma, modernizzazione, riorganizzazione, ecc. Non tanto di trasformazione, quanto di trasformazioni del diritto amministrativo bisognerebbe parlare.

Questi rapidi cambiamenti producono numerose contraddizioni. La prima deriva dalla circostanza che le trasformazioni non sono generali, avvengono per settori, campi, zone. Per cui il nuovo diritto amministrativo convive con il vecchio diritto amministrativo. Ciò produce non pochi problemi a chi deve ricostruire i principi primi: occorre dar voce al nuovo o al vecchio diritto amministrativo? Dove far pendere la bilancia? Ad esempio, può dirsi che, a causa dei relativamente pochi casi antichi nei quali gli atti amministrativi erano dotati di esecutorietà, la pubblica amministrazione è, in generale, dotata del potere di eseguire con la forza, senza previa verifica giudiziaria, oppure si deve riconoscere che essa è sottoposta alla previa verifica giurisdizionale delle proprie pretese, considerato che, in genere, le norme nuove non la dotano di poteri derogatori o esorbitanti dal diritto comune?

La seconda contraddizione nasce dalla difficile combinazione del nuovo diritto amministrativo con il vecchio diritto costituzionale. Per esempio, come possono combinarsi il principio costituzionale della responsabilità ministeriale con l'indipendenza delle autorità indipendenti? O il principio comunitario dell'accesso ai pubblici uffici anche per gli stranieri cittadini dell'Unione con la disposizione costituzionale che riserva ai soli cittadini italiani l'accesso ai pubblici uffici?

La terza contraddizione è quella prodotta dal trasformismo delle trasformazioni. Poiché politiche di riforma o modernizzazione amministrativa sono ormai diffuse e nessun governo vuole sottrarsi ad esse, non pochi governi cambiano tutto perché nulla cambi, inducendo trasformazioni fittizie.

Trasformazioni così radicali e continue del diritto amministrativo comportano importanti conseguenze per la cultura giuridica.

---

(44) S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 82.

In primo luogo, la scienza giuridica deve aggiornarsi continuamente, perché cambia il diritto positivo.

In secondo luogo, lo studioso del diritto amministrativo, se non vuol diventare mero narratore o cronista, deve riuscire a cimentarsi con il diritto in cambiamento, cogliendone la direzione, ma senza perdersi nei troppi particolari del suo movimento.

In terzo luogo, la scienza del diritto amministrativo deve cercare un nuovo linguaggio, che consenta di andar oltre il diritto positivo, ricostruendo i principi superiori che reggono le leggi del movimento.

Infine, la scienza del diritto ora più che mai deve rifuggire dalla tendenza comune dei commentatori, come suggeriva Tocqueville, negli ultimi anni della sua vita, al suo nipote prediletto: « Tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière, même les plus célèbres, ont été ou sont encore des esprits peu élevés, qui n'ont pas su juger par eux-mêmes de la valeur et de la bonté des règles qu'ils enseignaient, ni apercevoir au-delà de la science dont ils étaient les commentateurs, la science plus générale et plus grande qui enseigne à quelles conditions les sociétés prospèrent. Il y a, parmi eux, d'habiles commentateurs, des légistes distingués, des écrivains remarquables; il n'y a pas un publiciste. Ils sont tous "engoués" de leur science, et se sont figuré qu'il n'y a rien de plus parfait au monde. Garde-toi d'une pareille erreur. [...]. Tout ce que je veux te dire aujourd'hui, c'est d'étudier le droit administratif en préservant avec soin ton esprit de l'engouement et des préjugés de toute espèce qui remplissent l'esprit des commentateurs de ce droit et de ceux qui l'appliquent. Il faut, tout en apprenant ce droit, le juger, voir au-dessus et en dehors de lui ce qui lui manque, et considérer enfin la centralisation comme une machine admirablement agencée dans l'intérêt de ceux qui gouvernent, mais toujours défectueuse et souvent détestable, si on se place au point de vue de l'intérêt général, qui est, après tout, le seul auquel il faille se mettre pour juger les institutions humaines » (45).

(45) A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, t. XIV, *Correspondance familiale*, Paris, 1998, p. 293-4.

TENDENZE E PROBLEMI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

« [...] la scienza giuridica è un fenomeno specificamente europeo.
Essa non è solo saggezza pratica, né unicamente tecnica.
È profondamente coinvolta nell'avventura del razionalismo occidentale.
In quanto spirito, discende da nobili genitori.
Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma.
La separazione dalla madre si compì finalmente,
dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione.
La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano,
e abbandonò la dimora materna.
Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato »

C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, tr. it.,
Milano, Adelphi, 1987, 71-72.

1. Un diritto in trasformazione. — 2. Il diritto amministrativo oltre lo Stato. — 3. Convergenze e nuove divergenze. — 4. Il diritto amministrativo si impadronisce del diritto costituzionale. — 5. La mobile frontiera con il diritto privato. — 6. La « rivoluzione dei diritti ». — 7. Un nuovo diritto amministrativo?

1. *Un diritto in trasformazione.*

Quali sono le tendenze attuali del diritto amministrativo e quali i problemi che vi dominano? Avverto subito che considero insieme tendenze di lungo e tendenze di medio periodo, nonché modificazioni interne e modificazioni prodotte dall'esterno (1).

Le elenco, per poi passarle in esame una per una. La prima

(*) Una prima versione di questo scritto è stata presentata come relazione al XV convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, Siviglia-Cordoba, 20-22 maggio 2004. Ringrazio Stefano Battini, Maurizia De Bellis, Bernardo G. Mattarella e Giulio Napolitano per i loro commenti.

(1) E avverto che ho dedicato altre riflessioni recenti alle trasformazioni del diritto amministrativo: *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, n. 9, p. 869; *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2002, p. 27; *Il diritto amministrativo nell'ultimo decennio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2004, p. 5. Di esse quelle qui svolte costituiscono sviluppo e integrazione.

consiste nella de-nazionalizzazione del diritto amministrativo: questo si espande oltre lo Stato, si impadronisce del diritto internazionale, divenendone una componente essenziale, influenza dall'esterno i diritti amministrativi domestici.

La seconda tendenza è quella della convergenza dei diritti amministrativi nazionali, che si accompagna a nuove divergenze e fratture tra questi.

La terza consiste nell'espansione del diritto amministrativo verso quello costituzionale, con il quale esso si mescola.

La quarta è la tendenza a stabilire un nuovo equilibrio tra pubblico e privato, diverso sia da quello originario, sia da quello stabilitosi alla metà del XX secolo.

L'ultima è la « rivoluzione dei diritti »: sono conferiti ai cittadini diritti verso l'amministrazione, di tipo e in misura prima sconosciuti.

Le modificazioni elencate sono tali da mutare natura e struttura del nostro diritto: bisogna saperle cogliere, per poter analizzare la nuova vita che ad esso si apre.

2. *Il diritto amministrativo oltre lo Stato.*

L'ancoraggio statale è essenziale per il diritto amministrativo. Si consideri il punto di vista di quattro giuristi di età diverse. Otto Mayer, che scrive alla fine del XIX secolo, apre il suo *Deutsches Verwaltungsrecht* con la frase: « Die Lehre vom Verwaltungsrecht findet ihren Gegenstand am Staate » (2). Se per Otto Mayer è nello Stato che lo studio del diritto amministrativo trova il suo oggetto, agli inizi del secolo XX, per Santi Romano il diritto amministrativo è « un ramo del diritto pubblico »; più precisamente, è « il complesso dei principi di diritto pubblico che regolano l'attività concreta con cui lo Stato e gli altri enti pubblici perseguono i propri interessi » (3). A Santi Romano fa eco Ernst Forsthoff, che scrive alla metà del secolo XX. Secondo lui, l'amministrazione è « die Tätigkeit

(2) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1894), I Band, Berlin, Duncker und Humblot, 3ª ed., 1923 (rist. 1961), p. 1.

(3) S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano* (1901), Milano, Società editrice libraria, 3ª ed., 1912, p. 1 e 6.

des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke » (4). Massimo Severo Giannini scriverà nel 1970 che « le profonde trasformazioni in corso nei e fra i pubblici poteri, conservano [...] agli Stati un ruolo di centri di affluenza. [...] se gli Stati stanno inarrestabilmente perdendo potestà a vantaggio di altri pubblici poteri, è anche vero che sono l'unico pubblico potere che conserva capacità di aggregazione dell'azione di ogni altro potere pubblico [...] » (5).

Sarebbe oggi difficile ripetere una di queste affermazioni. Si assiste al « dilatarsi a tutta la scena del mondo delle 'relazioni continue' prima tipico degli Stati europei » (6). Stato e diritto amministrativo si presentano (in parte) dissociati. Il secondo ha perduto il suo esclusivo ancoraggio statale (7). Si è sviluppato un diritto amministrativo oltre lo Stato. Quest'ultimo diritto amministrativo si presenta in forme diverse da quelli nazionali (8).

Per intendere questi sviluppi bisogna considerare, innanzitutto, la costituzionalizzazione del diritto internazionale, per cui si affievoliscono i dualismi diritto interno-diritto internazionale, Stato-comunità internazionale. A questo punto, intere problematiche del diritto interno si trasferiscono al diritto internazionale: ad esempio, ci si chiede se la Carta delle Nazioni Unite sia una costituzione e si adotta un trattato costituzionale per l'Unione europea (9).

In secondo luogo, il diritto amministrativo ultrastatale presenta

---

(4) E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* (1950), München-Berlin, C. H. Beck, I Band - Allgemeiner Teil, 6ª ed., 1956, p. 2.

(5) M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* (1970), Milano, Giuffrè, 1993, I, 3ª ed., p. 62.

(6) F. Chabod, *Storia dell'idea d'Europa* (1961), Roma-Bari, Laterza, 3ª ed., 2001, p. 164.

(7) Su questo aspetto, principalmente S. Cassese, *Crisi e trasformazione del diritto amministrativo*, op. lc. cit. e *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XX secolo*, op. lc. cit.

(8) Nella ricca letteratura sul tema, si veda principalmente J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, Montchrestien, 2003 e S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003. Sulla crisi dello Stato anche P. Grossi, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la « Carta di Nizza », il progetto di « Costituzione europea » e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, 2003, ott.-dic., n. 3, p. 405.

(9) T.M. Franck, *Is the U.N. Charter a Constitution?*, in *Verhandeln für den Frieden. Negotiating for Peace*, hrsg. J.A. Frowein- K. Scharioth- I. Winkelmann- R. Wolfrum, Max-Planck-Gesellschaft, Berlin-Heildelberg, Springer, 2003, p. 95.

caratteri diversi, peculiarità ignote ai diritti amministrativi nazionali. In esso sono presenti apparati amministrativi, che producono regole d'azione e svolgono attività esecutiva. Le dimensioni degli apparati e la quantità di norme e di decisioni amministrative da questi prodotte fa passare in secondo piano le norme pattizie (i trattati) che stanno alla base del diritto amministrativo globale. Il diritto amministrativo fa premio sul diritto internazionale.

Ma il diritto amministrativo ultrastatale opera anche in altri tre modi: dando forza esecutiva a regole disposte da altri apparati (c.d. *borrowing regimes*: ad esempio, l'Organizzazione mondiale del commercio dà efficacia di norma a 'inviti' della Commissione *Codex alimentarius*); stabilendo criteri per l'azione di altre amministrazioni, quelle domestiche, chiamate ad eseguire secondo *standards* globali (ad esempio, organi dell'Organizzazione mondiale del commercio obbligano le amministrazioni nazionali a prendere decisioni sulla base di criteri scientifici o dopo aver consultato altre amministrazioni nazionali) e, infine, obbligando o incentivando gli ordinamenti nazionali ad aprirsi reciprocamente e a stabilire legami tra di loro (ad esempio, organi dell'Organizzazione mondiale del commercio promuovono « accordi di equivalenza » tra amministrazioni nazionali). Inoltre, il diritto amministrativo ultrastatale non si sviluppa solo per influenza dall'alto, bensì anche per l'azione di autorità domestiche che si uniscono in rete e, così facendo, costituiscono corpi propri di norme, sottraendosi a quelle statali (ad esempio, le autorità nazionali di controllo delle società e della borsa sono associate in apposita istituzione, che favorisce gli scambi di informazioni e la collaborazione). Insomma, la complessità dei diritti amministrativi, divenuti « ordini plurali » (10), dei quali l'essenza non si manifesta nelle cose in sé, ma nelle loro relazioni, diventa molto maggiore, sia per la sovrapposizione di più livelli, sia per le relazioni verticali che si intrecciano, partendo dall'alto e dal basso, sia, infine, per i rapporti che si stabiliscono orizzontalmente o diagonalmente (11).

---

(10) L. MANNORI, *La crisi dell'ordine plurale. Nazione e costituzione in Italia tra sette e ottocento*, in AA.VV., Ordo iuris. *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 137 ss., nonché L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, Laterza, 2001, p. 12-13, 18 e 19.

(11) Su questi temi, S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto*

Sarebbe sbagliato ritenere che il diritto amministrativo globale sia composto soltanto dalla sfera (o livello) di norme ed organismi superiori agli Stati. Questa interagisce con la sfera (o il livello) inferiore, la influenza, o la lascia libera, salvo riagguantare il comando in casi eccezionali. Opera come il Signore nella teoria scolastica delle « cause seconde »: pur essendo causa prima di tutto, si astiene dall'agire su ogni fatto particolare e consegna una parte del suo compito ad altre leggi, salvo interventi straordinari.

Tutto ciò produce effetti anche sulla scienza giuridica. Questa perde il carattere strettamente nazionale. Si studiano istituti comuni a più Paesi. Non si studia più il diritto straniero per fare solo comparazione. È vero che nell'area europea lo studio del diritto straniero non è mai stato mosso solo dal bisogno di comparazione (12). Esso è servito anche a considerare e trasferire strumenti concettuali. Ma ora il fenomeno coinvolge anche il diritto positivo. Dunque, l'esame dei diritti amministrativi di altri Paesi e la lettura dei relativi apporti scientifici serve anche a discutere insieme su istituti comuni (procedimento, proporzionalità, procedure di evidenza pubblica, ecc.).

Mettendosi a confronto, le culture giuridiche scoprono anche reciproche debolezze. Ad esempio, risalta lo stadio embrionale di sviluppo del diritto amministrativo inglese, per lo più ridotto a giustizia amministrativa (come nella Francia del XIX secolo). Di esso colpisce la limitata attenzione prestata alla legislazione e ai fenomeni organizzativi, come se l'unica esperienza giuridica degna di analisi fosse quella giudiziaria (13). Stupisce, di conseguenza, che la cultura

---

amministrativo internazionale, Milano, Giuffrè, 2003 e S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure.* Standards *globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, n. 3, p. 657.

(12) S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, n. 3, p. 678, ma, principalmente, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, *ad vocem*; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ss.

(13) E stupisce la difesa dell'opinione dell'inesistenza di una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e del *private law model of public law* (si veda la nt. 23).

giuridica amministrativa continentale tenga dietro a quella inglese nello studio del diritto europeo, puntando sul solo esame della giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia, quasi che il diritto sia solo quello prodotto dai giudici ed ignorando l'esame di regolamenti, direttive e decisioni (14).

3. *Convergenze e nuove divergenze.*

Favorita dallo sviluppo degli aspetti amministrativi della globalizzazione di cui si è parlato, si registra una convergenza tra diritti amministrativi nazionali. Prima questa non c'era ed era persino ritenuta impossibile, a causa dell'ancoraggio statale. Ciascun diritto amministrativo era considerato figlio della sua propria storia nazionale e del suo proprio diritto positivo. Una convergenza era considerata possibile nel campo del diritto privato, per la comunanza degli statuti (proprietà, famiglia, contratto, società, ecc.), non in quello del diritto amministrativo.

Tutt'altra la situazione attuale. C'è, ormai, un corpo di istituti comuni a tutti gli ordinamenti sviluppati: autorità indipendenti, regolazione, privatizzazioni, partecipazione del privato al procedimento amministrativo, motivazione del provvedimento amministrativo, tutela giurisdizionale del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Dunque, i diritti amministrativi nazionali imitano i modelli stranieri (15) e tendono, complessivamente, a convergere verso modelli giuridici comuni.

Si tratta di una tendenza simile a quella del diritto costituzionale, nel quale le dichiarazioni costituzionali essenziali sono convergenti.

La spiegazione di questa convergenza è semplice: esigenze comuni spingono verso comuni soluzioni.

Non ci si deve, però, illudere che questo produca un mondo amministrativo uniforme. Diverse sono, infatti, le interpretazioni

---

(14) Altri aspetti di grande interesse sono acutamente esaminati da J.B. Auby, *Quand la « Common Law » perd du terrain devant le droit continental*, in *Juris Classeur - Droit Administratif*, 2004, n. 4, avril, p. 3.

(15) F. Melleray, *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, in *AJDA*, 2004, 21 juin, p. 1224.

nazionali e molte le varianti dei generi comuni. Inoltre, se per un verso vi è convergenza, per altro vi sono divergenze. La principale è quella relativa al potere militare e al potere estero, che le maggiori potenze tendono a sottrarre al dominio del diritto.

Dunque, la tesi che vi sia una divergenza di fondo tra diritti amministrativi, temperata da convergenze di superficie, va rovesciata: vi sono esigenze di fondo, per rispondere alle quali si adottano soluzioni similari, che presentano, però, molte varianti nazionali (16).

Un esempio eloquente è quello della trasparenza dell'attività amministrativa. Si tratta di un'esigenza comune a tutti gli ordinamenti sviluppati. Questi la soddisfano mediante procedure di accesso ai documenti amministrativi. Ma l'estensione del diritto di accesso, l'articolazione delle procedure, i modi di tutela in caso di diniego da parte delle pubbliche amministrazioni, presentano numerose differenze da diritti nazionali a diritti nazionali.

4. *Il diritto amministrativo si impadronisce del diritto costituzionale.*

Il diritto amministrativo è stato inizialmente, e per lungo tempo, un corpo distinto di norme, con una vita separata rispetto alle parti restanti del diritto pubblico, e specialmente del diritto costituzionale.

Poi, il diritto amministrativo e quello costituzionale hanno cominciato ad avvicinarsi. A questa marcia di avvicinamento hanno contribuito le Corti costituzionali, che hanno applicato le costituzioni ai diritti amministrativi, e le costituzioni, specialmente quelle più recenti, che dettano principi di diritto amministrativo.

Vi hanno contribuito anche alcuni dei maestri del diritto pubblico della seconda metà del XX secolo, come Georges Vedel in Francia, Massimo Severo Giannini in Italia e Eduardo Garcia de Enterria in Spagna. Il primo « a mis du droit constitutionnel dans le droit administratif et du droit administratif dans le droit constitutionnel » (17). Il secondo, oltre ad aver contribuito in modo deter-

(16) S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo*, cit., p. 1.

(17) R. Denoix de Saint Marc, *Georges Vedel et le juge administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2002, n. 2, mars-avril, p. 211.

minante allo studio di importanti temi di diritto costituzionale (quale ad esempio quello delle fonti del diritto) e ad aver sempre commentato con attenzione la giurisprudenza costituzionale, ha sempre sostenuto l'inscindibilità dei due diritti. Il terzo ha concorso alla rinascita del diritto costituzionale spagnolo.

In Francia tutto ciò è segnalato come un fenomeno di costituzionalizzazione del diritto amministrativo, vistoso specialmente dopo l'affermazione del *Conseil constitutionnel*, accanto e al di sopra del *Conseil d'Etat* e di presenza dei diritti fondamentali nel ragionamento del giudice amministrativo (18).

In Spagna, invece, è accaduto che il diritto amministrativo abbia contribuito, nel *post*-franchismo, alla nascita del diritto costituzionale, a causa della debolezza del *derecho politico*.

In Germania, la continuità tra i due diritti è sottolineata dall'assenza di studiosi che siano cultori separatamente dell'uno e dell'altro ramo del diritto pubblico: vi sono specialisti di singoli temi di interesse più costituzionalistico o di interesse più amministrativistico, ma l'insegnamento e gli studi sono di diritto pubblico.

La continuità e la contiguità tra i due diritti consentono l'espansione del diritto amministrativo verso il diritto costituzionale.

Ciò avviene per molti motivi. Il diritto amministrativo è costituito da un corpo di norme molto più ampio. Contribuisce più del secondo a determinare l'identità del diritto pubblico di un ordinamento. Ha una più lunga tradizione e ricchezza di tecniche di limitazione del potere. Ad esso è affidata sempre di più la garanzia dei diritti individuali. Dal diritto amministrativo, si sviluppano, per penetrare nel corpo politico, i principi giuridici necessari per sottoporre anche questo al dominio del diritto. Attraverso di esso, principalmente, avviene la composizione dei diritti nazionali e di quello europeo.

Questa interpenetrazione dei due diritti e conseguente espansione del diritto amministrativo verso quello costituzionale non è scevra di conseguenze rilevanti per il diritto amministrativo. Questo deve accettare, accanto alla legalità 'ordinaria' anche quella costituzionale. Uno dei suoi principali riferimenti, dunque, il principio di

---

(18) G. DRAGO, *Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens*, in *JurisClasseur - Droit administratif*, 2004, juin, p. 7.

legalità, si sdoppia. Diviene più complesso individuare il parametro della legge, che va interpretata alla stregua della Costituzione.

5. *La mobile frontiera con il diritto privato.*

Il diritto amministrativo nasce dal riconoscimento della inadeguatezza del diritto privato, dunque come diritto derogatorio.

Prendiamo anche qui alcuni giuristi, che ci guidano nel tracciare l'evoluzione dalla metà del XIX secolo alla metà e, poi, agli anni '70 del XX secolo. Macarel osserva: « c'est que les règles de conduite qu'elles [les lois administratives] nous prescrivent constituent généralement des modifications aux règles tracées par la loi naturelle ou par la loi civile, des restrictions aux facultés que celles-ci nous reconnaissent ou nous accordent » (19). Un secolo dopo, Zanobini è ancor più drastico: « Alla definizione del diritto amministrativo conviene premettere la nozione del diritto pubblico in genere, del quale l'amministrativo fa parte ». Poi aggiunge: « [I]l diritto amministrativo deve [...] definirsi: 'la parte del diritto pubblico, che ha per oggetto l'organizzazione, i mezzi e le forme di attività della pubblica amministrazione e i conseguenti rapporti giuridici fra la medesima e gli altri soggetti' ». Riconosce più avanti che « [n]on mancano [...] particolari situazioni che rendono applicabili alla pubblica amministrazione norme e principi del diritto privato » (20). Giannini, nel 1970, nota che: « [u]no degli aspetti più interessanti dell'esperienza recente delle amministrazioni pubbliche è il recesso, [...] ormai continuo, delle discipline pubblicistiche e l'incremento delle regolazioni privatistiche (21).

Dunque, il diritto amministrativo è prima considerato tutto diritto pubblico, salvo alcune parti limitate. Poi si riconosce che esso consiste di una parte autoritativa e di una convenzionale. Diventa,

---

(19) L. Macarel, *Cours de droit administratif*, première, partie, tome premier, Paris, Gustave Thorel, 1848, p. 26.

(20) G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo* (1936), Milano, Giuffrè, 1954, 7ª ed., I, p. 23, 26-27 e 36.

(21) M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* (1970), Milano, Giuffrè, 3ª ed., 1993, I, p. 62.

quindi, un diritto misto, in cui convivono principi dell'uno e dell'altro ramo, fianco a fianco, o intrecciati (22).

Su questa situazione si innesta il diritto europeo, che deve tener conto della varietà dei diritti e delle misture di diritto pubblico-diritto privato nei diritti amministrativi domestici e persino delle due tradizioni, quella monistica (britannica) e quella dualistica (francese). Il Trattato del 1957 proclama l'indifferenza. L'art. 295 dichiara che « il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri ». Altre norme menzionano il diritto pubblico per riconoscere che esso non è rilevante, o per assimilarlo a quello privato, o per non impegnarsi con nozioni nazionali (artt. 48, 86, 238).

Più tardi, però, il diritto europeo si sviluppa in un'altra direzione, che non è quella di dichiarare l'indifferenza della distinzione pubblico-privato, bensì quella di assoggettarla ai principi fondanti dell'Unione europea, quelli di libertà di circolazione e di concorrenza. La distinzione è, quindi, funzionalizzata. Da assoluta, diviene relativa. Per affermare la supremazia dei principi del diritto europeo diviene una distinzione ad assetto variabile. L'area pubblicistica è allargata — con la formula dell'organismo di diritto pubblico — ben oltre quella dei soggetti pubblici, quando si tratta di assicurare l'accesso agli appalti o di vietare privilegi (come nelle direttive sugli appalti e negli artt. 101-103 del Trattato Ce). Essa, invece, è ristretta fortemente quando si tratta di applicare l'art. 39 del Trattato Ce (« le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni »), in modo da assicurare l'accesso al maggior numero di uffici pubblici alle persone di diversa nazionalità.

La distinzione formale tra diritto pubblico e diritto privato viene superata, perché deve adattarsi, volta per volta, alle esigenze sostanziali dettate dalla necessità di affermare la supremazia del diritto europeo (23).

---

(22) Su tutta questa vicenda, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

(23) Sulla questione del rapporto pubblico privato nell'Unione europea e in generale, si vedano i seguenti scritti: C. HARLOW, *'Public' and 'Private' Law: Definition without Distinction*, in *Modern Law Review*, 1980, p. 241-265; D. CARUSO, *The Missing*

6. *La « rivoluzione dei diritti ».*

La « rivoluzione dei diritti » ha toccato anche il diritto amministrativo (24). Di esso non si può più dire quello che scriveva il Montesquieu delle *Lettres persanes*, che insegna ai principi sino a qual punto possano violare la giustizia senza danneggiare i propri interessi. Sia leggi generali, come quelle sul procedimento, sia leggi di settore, come quelle in materia ambientale e sanitaria, riconoscono diritti ai cittadini: il diritto di essere amministrati da funzionari imparziali, quello di intervenire nel corso del procedimento amministrativo, quello di ottenere dall'amministrazione una risposta fondata sugli elementi raccolti nell'istruttoria e adeguatamente motivata, quello di impugnare la decisione amministrativa dinanzi a un giudice.

Questi diritti non sono garantiti soltanto da norme nazionali. Essi sono riconosciuti anche da norme comunitarie, nonché da norme prodotte da organizzazioni internazionali. La coincidenza di norme dei tre livelli in materia di diritti è uno dei fenomeni più interessanti degli ultimi anni. Il diritto di essere consultati, quello di

---

View of the Cathedral: the Private Law Paradigm of European Legal Integration, in *European Law Journal*, 1997, p. 3; S. Cassese, *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, n. 1, p. 88; D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, London, Butterworths, 1999; G. Alpa, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Economia e diritto del terziario*, 1999, p. 311; F. Lanchester - U. Mattei - M. D'Alberti - M. Bussani - M. Graziadei - R. Sacco - S. Rodota - S. Cassese - V. Zeno Zencovich - A. Zorzi Giustiniani - E. Grande - P. Vitucci, *Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, in *Nomos*, 2000, p. 65; P. Birkinshaw, *Does European Public Law Exist?*, in *Queen's Papers on Europeanisation*, 2001, n. 9, p. 29; M.W. Hesselink, *The Structure of the New European Private Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, December, 2002, vol. 6.4, p. 2; C. Chinkin, *A Critique of the Public/Private Dimension*, in *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, n. 2, p. 387; W. Weiss, *Europarecht und Privatisierung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 128, 2003, Februar, n. 1, p. 91 ss.; M. Taggart, *« The Peculiarities of the English »: Resisting the Public/Private Law Distinction*, in *Law and Administration in Europe. Essays in honour of Carol Harlow*, ed. by P. Craig - R. Rawlings, Oxford, OUP, 2003, p. 107 ss.

(24) Sulla rivoluzione dei diritti, C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard, Harvard Univ. Press, 1993, e, di recente, R. B. Stewart, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, n. 1, p. 1 ss.

difesa, quello di ottenere una decisione motivata, quello di ricorrere al giudice contro una decisione amministrativa, sono rafforzati da questa pluralità di garanzie, a più livelli.

Di conseguenza, l'accento non cade più, come in passato, sull'autorità, bensì sui diritti (di cittadini, imprese, non cittadini).

Questa estensione della giustizia nell'amministrazione, che sia il giusto procedimento o la *judicial review*, presenta anche caratteri contraddittori. Rallenta fortemente l'azione amministrativa e induce, quindi, le amministrazioni a ricorrere ad altri metodi di azione, per lo più fondati sulla negoziazione (ad esempio, *regulatory negotiation* nordamericana e partenariato pubblico-privato europeo) (25) o su sistemi di incentivi economici (ad esempio, disciplina ambientale). Queste regolazioni mimano il mercato; il diritto si presenta come sistema di incentivi piuttosto che come piramide di ordini vincolanti, carota non bastone; gli ordinamenti lasciano libera la scelta ai privati (26). Di qui l'importanza per il giurista di allargare l'esame oltre le norme, a ciò che le precede e a ciò che le segue (27).

Ma queste regolazioni cosiddette cooperative o quasi contrattuali sfuggono ai controlli disposti dalle norme sul procedimento per assicurare diritti (procedurali) ai cittadini. Per cui l'ascesa e il successo del procedimento amministrativo sono anche le cause del suo declino.

7. *Un nuovo diritto amministrativo?*

Ho scritto all'inizio che le modificazioni intervenute mutano natura e struttura del nostro diritto. Si può, dunque, dire che è nato un nuovo diritto amministrativo, sganciato dallo Stato (questo, per parafrasare la citazione iniziale di Schmitt, è divenuto una casa troppo piccola per il diritto amministrativo e per la sua scienza), con

(25) Su cui Commissione Ce, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004 Com (2004).

(26) M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004 e *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Roma-Bari, Laterza, 2004.

(27) Importanti le osservazioni in proposito di U. Mattei, *The Rise and the Fall of Law and Economics. An Essay for the Judge Guido Calabresi*, *Maryland Law Review*, 2005, vol. 64, p. 220.

istituti comuni a diverse nazioni, esteso per una buona parte nel diritto costituzionale, con un equilibrio mutevole di diritto pubblico e diritto privato, dominato dalla tematica dei diritti piuttosto che da quella dell'autorità?

Sarebbe sbagliato rispondere positivamente a questa domanda, non solo perché vecchio e nuovo convivono, e perché l'equilibrio tra i due poli non è ancora spostato a favore del secondo, ma anche perché non pochi degli elementi di novità presentano numerose ambiguità, che possono far mutare la loro direzione, ritornando all'antico. Insomma, questi sono *Übergangsjahre*, tra vecchio e nuovo.

Infine, il diritto amministrativo, costruito con tanti materiali diversi, è oggi pieno di ambiguità. Deve comporre, in difficili equilibri, molti fattori e si presenta, quindi, come un edificio sbilenco. Aspira alla democrazia, di cui ha assorbito alcuni istituti, anche se la democrazia amministrativa è un ossimoro: se è l'una, non è l'altra, e viceversa. È subordinato alla politica, ma cerca di rendersene indipendente (gli inglesi parlano di *partisan neutrality*). È un corpo stabile di regole e di funzionari, ma consente la gestione a funzionari eletti. È fondato su decisioni, ma precedute da procedimenti. È unilaterale, ma opera cercando l'accordo. Impone con la forza, ma si sottopone al controllo del giudice. Obbedisce alla politica, ma anche a regole tecniche e criteri giuridici. È legittimato dal consenso, ma principalmente dal diritto. È *gubernaculum* (potere discrezionale e insindacabile), ma anche *jurisdictio* (potere secondo la legge) ([28]).

È dalla mistura di tutti questi tratti tradizionali e moderni che il diritto amministrativo trae la sua forza e la sua vitalità. Sarebbe un errore considerare solo gli uni e non gli altri.

([28]) E, quindi, incorre nella nota contraddizione weberiana, per cui l'amministrazione, se agisce in maniera legittima, non è dominante; se esercita il dominio, cessa di essere legittima: F. PARKIN, *Max Weber*, tr. it., Bologna, Il Mulino, 1984, p. 105.

IL SORRISO DEL GATTO, OVVERO DEI METODI NELLO STUDIO DEL DIRITTO PUBBLICO (*)

1. Problemi senza soluzioni. — 2. Il metodo tradizionale dei giuristi. — 3. Cambiamenti e persistenze. — 4. Gli insegnamenti degli studi non giuridici del diritto. — 5. E le tradizioni?

1. *Problemi senza soluzioni.*

Il diritto non è monopolio dei giuristi. Esso è studiato da filosofi, storici, sociologi, politologi, antropologi, linguisti, economisti, oltre che da giuristi.

Non tutti questi approcci hanno conquistato uno statuto accademico. Le discipline di studio non giuridico del diritto pienamente riconosciute in Italia sono la filosofia e la storiografia del diritto. Uno statuto minore spetta alla sociologia giuridica e agli studi di scienza politica del diritto (ma non c'è chi non riconosca lo stretto legame tra società e diritto e tra politica e diritto). Gli altri approcci hanno pochi cultori.

Questi punti di vista diversi sul diritto e queste riflessioni su di esso, compiute con tecniche di altre discipline, hanno suscitato interrogativi ai quali i giuristi dovrebbero fare attenzione, anche per sapere se essi possono rispondervi con le loro armi tradizionali. Provo a fare cinque esempi di tali interrogativi, relativi al diritto amministrativo.

Primo: da giuristi, studiamo il procedimento amministrativo, considerato tema centrale della nostra materia. E ci chiediamo quali siano le condizioni di un giusto procedimento. Se, ad esempio, sia necessario garantire la partecipazione ad esso del privato. A chi

(*) Ringrazio Bernardo G. Mattarella e Aldo Sandulli per i commenti ad una precedente versione di questo scritto.

garantirla. Fino a qual punto assicurare il contraddittorio. Come realizzare l'indipendenza dell'organo istruttorio.

Non ignoriamo, tuttavia, che il procedimento e la sua struttura non sono politicamente neutrali. Il procedimento è anche uno strumento di controllo politico decentrato della burocrazia da parte del corpo politico (1). Può servire a raccogliere le informazioni che sono rilevanti per raggiungere certi fini pubblici, coerenti con le preferenze dei politici. Può evitare che l'amministrazione si amministri, costringendola ad ascoltare gli interessi privati e collettivi. Può evitare che emergano oligarchie burocratiche e, in certi casi, anche la corruzione. Insomma, il corpo politico può controllare l'amministrazione tramite i processi, invece che fissando obiettivi all'amministrazione. Governando i mezzi, indirizza i fini.

Vecchi problemi appaiono così in una luce nuova, che richiede analisi del rendimento delle diverse soluzioni. Ad esempio, quale valutazione può essere data delle molte modificazioni della legge italiana del 1990, relative ai modi di decisione nelle conferenze dei servizi? Quali modifiche politiche sono state ottenute modificando il modo in cui le decisioni sono influenzate dal diverso peso degli interessi pubblici nel procedimento e nelle conferenze?

Ecco un primo esempio degli interrogativi aperti da approcci diversi — questa volta politologici — che sarebbe utile integrare nella riflessione giuridica.

Secondo esempio: il rapporto tra autorità indipendenti e giudici. Da giuristi studiamo l'ampiezza del potere discrezionale delle prime e i limiti del sindacato dei secondi e ci chiediamo se i giudici debbano esercitare il loro controllo sulle autorità indipendenti in forme diverse da quelle del controllo che esercitano sulla pubblica amministrazione in generale.

Non ignoriamo, tuttavia, che i compiti delle autorità indipendenti con funzioni di aggiudicazione potevano essere attribuiti ai giudici. Che così non è accaduto. Che i giudici hanno dapprima adottato un *hard look* nei confronti delle autorità indipendenti. Che queste ultime hanno reagito sviluppando procedure quasi giudizia-

---

(1) M. McCubbins-R. Noll-B. Weingast, *Le procedure amministrative come strumento di controllo politico*, tr. it. in *L'analisi economica del diritto*, a cura di D. Fabbri - G. Fiorentini - L. A. Franzoni, Roma, 1997, p. 261 ss.

rie, ammettendo la partecipazione dei privati, per scongiurare il loro ricorso ai giudici, i quali, a loro volta, sono passati ad un atteggiamento di *deference*.

Ora, tutto questo suscita numerosi interrogativi. Quali considerazioni spingono nell'uno o nell'altro senso? Quali costi fa pagare e quali benefici assicura l'equilibrio raggiunto? Non si corre il pericolo di una ossificazione delle procedure amministrative? Quali sono i tempi delle decisioni, di cui i privati debbono sopportare i costi? Sono interrogativi ai quali si può rispondere solo dopo analisi delle procedure, studio delle politiche giudiziarie, esame dei comportamenti degli operatori, scrutinio delle negoziazioni informali e formali, e del loro alternarsi con i vincoli formali.

Il *terzo* esempio riguarda i controlli. Da giuristi, abbiamo assunto a parametro le disposizioni costituzionali ed abbiamo esaminato la corrispondenza ad esse dell'assetto normativo. Poi, la pluralizzazione dei poteri pubblici ha posto numerosi altri problemi, risolti in vari modi dal legislatore e dagli interpreti.

È rimasto, invece, sullo sfondo, ed è stato trascurato, il maggior problema dei controlli, dal punto di vista dell'efficienza: quali sono i costi e quali i rendimenti del controllo diretto, attuato dall'alto — quelli definiti da un saggio politologico americano, divenuto famoso (2), del tipo *police patrol* — rispetto ai costi e ai rendimenti del controllo del tipo *fire alarm*, e cioè attivati dal basso?

Ora, questa domanda è cruciale in Italia. dopo le modificazioni del 1994 e del 2001, con il passaggio dal controllo generalizzato sulle amministrazioni pubbliche a quello individualizzato. Soppressi i controlli, preventivi o successivi, generalizzati, i controlli sono ora innescati da 'indizi' e si svolgono in forme cooperative. Ed allora bisognerebbe rispondere ai seguenti interrogativi: gli organismi preposti ai controlli dispongono di 'avvisatori' significativi e sufficienti per attivarsi? Il personale preposto al controllo è addestrato alle nuove funzioni? Le operazioni di controllo consentono di raggiungere in modo efficiente lo scopo? Quali séguiti vengono dati alle operazioni di controllo?

Il *quarto* esempio ci porta più lontano. Grazie alla libertà di

(2) M. McCubbins - T. Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, in *Am. pol. sc. rev.*, 28, 1984, p. 165 ss.

stabilimento in Europa e alla libertà dei commerci nel mondo, un privato e una impresa possono compiere scelte una volta vietate. Ad esempio, una impresa statunitense può avere convenienza di stabilire *maquiladoras* in Messico, sul confine con gli Stati Uniti, importando poi i prodotti nel proprio Paese. Così utilizza il Messico come *pollution haven*, essendo sottoposta a vincoli ambientali meno pesanti (oltre che a vincoli più leggeri in materia di lavoro). Un privato olandese può avere interesse a ricorrere a un dentista tedesco (cosiddetto « turismo sanitario »). Se i diritti oggi assicurati dalla Costituzione italiana ai cittadini vengono interpretati in senso ampio, come garantiti a tutte le persone, un cittadino statunitense potrebbe trovare conveniente fare del « turismo assistenziale », considerato l'elementare grado di sviluppo del sistema assistenziale americano, rispetto a quello italiano.

Realtà giuridiche di questo tipo impongono tecniche interamente diverse di analisi. Se il comportamento dei privati consente ad essi di massimizzare il proprio interesse tramite la scelta del diritto, l'ordinamento giuridico non può essere più considerato come un dato, va relativizzato. Si produce una situazione simile a quella del mercato, nella quale il diritto non è imposto al privato, ma questo sceglie il diritto. Chi studi situazioni di questo tipo deve sviluppare tecniche di indagine almeno altrettanto creative quanto quelle dei privati dotati della possibilità di scelta.

Infine, i giuristi italiani sono stati tradizionalmente attenti alla tematica delle riforme amministrative. L'hanno fatto, però, con un'impostazione meccanicistica del tipo analisi delle situazioni-proposta di modelli-loro introduzione per via normativa.

Questo approccio incontra limiti sostanziali negli atteggiamenti opportunistici della burocrazia. A causa di questi, l'imposizione di regole imperative, dall'alto (ad esempio, l'obbligo legislativo per le amministrazioni pubbliche di rispettare tempi determinati nel decidere), si scontra con l''infedeltà' dei corpi amministrativi. La proposta recente di ricorrere alla *liability rule* (lo Stato paga se non rispetta i tempi del procedimento) potrebbe servire non tanto ad ottenere un atteggiamento non opportunistico da parte della burocrazia (non essendo questa interessata all'equilibrio del bilancio), quanto a rendere evidente al *principal* (il corpo politico) l'infedeltà dell'*agent* (adopero i termini della teoria detta della agenzia). Di qui

la necessità — se si vuole proseguire per questa strada — di chiudere il cerchio, introducendo sanzioni per il funzionario inadempiente. Ma questo ripropone il problema dei limiti dell'imposizione di regole imperative ai corpi amministrativi.

2. *Il metodo tradizionale dei giuristi.*

Perché i problemi enunciati non trovano soluzione, ed anzi non c'è, verso di essi, neppure attenzione? Per rispondere a questo interrogativo bisogna ritornare a considerare il metodo tradizionale dei giuristi. Di esso si può parlare in generale, perché Vittorio Emanuele Orlando è riuscito nel disegno da lui esposto nel 1889, quello di uniformare il metodo di studio del diritto pubblico a quello proprio del diritto privato. Dunque, non vi sono due metodi, bensì uno solo.

Le componenti essenziali di questo metodo — così come esso ha dominato lo studio del diritto da parte dei giuristi nel XX secolo — sono le seguenti.

a) « Il giurista è in una posizione secondaria, di fronte al politico, all'uomo di Stato, ai facitori di storia. Egli viene in un secondo momento [...] (3) ». Questo perché il giurista lavora sul dato positivo, l'« elemento da sistemare », che è la norma (4). Compito del giurista è di aderire al testo scritto, che contiene i comandi del legislatore, preoccupandosi della fedeltà e dell'oggettività delle sue conclusioni. Il giurista collabora alla esecuzione della norma e, in questo senso, coopera a mantenere l'ordine nello Stato (5).

b) Per astrazione e generalizzazione dal dato normativo, facendo ricorso alla diairetica (divisione per generi, classificazione) (6),

---

(3) A.C. Jemolo, *I concetti giuridici* (1940), in G. Calogero *et al.*, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, 2004, p. 39.

(4) S. Pugliatti, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali* (1935), in G. Calogero *et al.*, *La polemica*, cit., p. 5.

(5) Questo è il frutto della confluenza tra positivismo epistemologico (per cui la scienza del diritto è scienza di osservazione) e positivismo giuridico (per cui il giurista deve essere fedele al diritto prodotto da volontà costituzionalmente abilitate). Su questo punto si veda C. Atias, *Epistemologie juridique*, Paris, p. 48.

(6) A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 161 sull'origine della diairetica nel diritto romano.

si ricavano i concetti: « la realtà dello scienziato [...] è tutta nel sistema di concetti che elabora sul dato positivo » (7). Il giurista deve assicurare la « corrispondenza tra premessa e conclusione » (8). Dunque, mediante il ricorso a categorie, regole e concetti astratti si può ricostruire un sistema unitario e coerente (9), nel convincimento che esista una sola risposta esatta a ogni singolo quesito (10).

Al carattere necessariamente sistematico della scienza — definita dogmatica (11) — è legato (per alcuni) anche un altro presupposto, quello che il diritto stesso è un sistema di regole unitario e coerente. Di qui anche l'adesione acritica degli studiosi di diritto amministrativo all'ipotesi weberiana dell'amministrazione come potere legale-razionale (mentre dovrebbe essere chiaro che, se l'amministrazione è tale, non è un potere; se è un potere, non può essere legale-razionale).

La dogmatica accetta, in principio, che, con il variare del dato normativo, i concetti da esso tratti possano (anzi, debbano) variare. L'applicazione che se ne è fatta, invece, o ha prestato un ossequio fedele ai concetti, salvaguardandoli attraverso il tempo e i cambiamenti; oppure ha distinto due sorta di concetti, alcuni variabili, alcuni invarianti.

Pigrizia intellettuale o puro conservatorismo hanno, poi, portato a rifiutare talora la stessa esistenza, talaltra solo lo studio di ciò che

---

(7) S. PUGLIATTI, *Logica*, cit., p. 17.

(8) S. PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 6.

(9) Facendo così prevalere il paradigma ermeneutico (interpretare il significato della realtà) e quello sistematico (riordinare la realtà secondo un codice di riferimento) su quello naturalistico (indagare le cause). Su questi paradigmi, D. SPARTI, *Epistemologia delle scienze sociali*, Roma, 1995.

(10) M.W. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, tr. it., Napoli, 2005, p. 15.

(11) Che diventa criterio ordinatore, come lamentato da E. PRESUTTI, *L'ordine sistematico nei trattati di diritto amministrativo*, in *Arch. dir. publ.*, V, 1940, p. 309. Questi critica l'ordine dato dal Romano alla trattazione del diritto, dominata dalle teorie elaborate dalla scienza, piuttosto che dagli scopi di pubblico interesse e dai servizi conseguentemente organizzati. Sulla dogmatica intesa come « attività interpretativa sistematica, diretta a collocare ed armonizzare ogni statuizione in un edificio complessivo, oggetto di continuo approfondimento e completamento », sulla sua « tendenza cosmopolita », nonostante « l'impossibilità di svincolarsi dal potere sovrano degli Stati » e sulle vicende interne (Savigny, Windscheid, Gierke e la reazione della giurisprudenza degli interessi, con Jhering) sono importanti le pagine di T. RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, p. 155 ss.

appariva inconciliabile con la sistematica e l'ordine ricevuto dei concetti.

c) Le argomentazioni del giurista traggono, per via di abduzione, dalle fonti autorizzate principi, e, per via di deduzione, dai principi regole, ma espungono argomenti di tipo sostanziale, come l'esame della funzionalità, delle conseguenze pratiche, del costo, della desiderabilità di soluzioni alternative (12). Tutti questi profili sono messi da parte e diversamente denominati (ragionamenti *de iure condendo*, politica del diritto, progettazione legislativa) (13).

d) Da ultimo, lo studio del diritto si è proposto, nel XX secolo, il compito di risolvere questioni di diritto all'interno di un preciso ordine giuridico, storicamente dato, quello di ogni singolo Stato (14). Insomma, il metodo prevalente del XX secolo ha ereditato molti caratteri dei metodi prevalenti in precedenza, aggiungendovi il nazionalismo (15).

Per cui ossequio al dato normativo, impianto sistematico, approccio formalistico, già sperimentati in precedenza, hanno assunto un significato diverso. Quando — fino alla fine del XVIII secolo — si applicavano alla *communitas gentium*, che comprendeva una varietà di ordini giuridici particolari, questi avevano una portata diversa, meno limitante (16). Utilizzati nell'ambito esclusivo di ciascun ordine giuridico statale e sovrano sono divenuti gabbie nelle quali le diverse scienze giuridiche nazionali si sono venute a rinserrare.

---

(12) M.W. Hesselink, *La nuova cultura giuridica europea*, cit., p. 15.

(13) Il fenomeno non è esclusivamente italiano e non riguarda solo il diritto amministrativo. C. Emeri, *L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens*, in *Rev. fr. dr. const*., n. 9, 1992, p. 27 ss. il quale critica « l'adulation exclusive du droit constitutionnel jurisprudentiel » e l'abbandono della scienza politica da parte del diritto costituzionale.

(14) K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*[6], Berlin, 1991 (di questo volume c'è una traduzione italiana, ma riferita a precedente edizione: *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966), p. 5, citato in M. W. Hesselink, *La nuova cultura giuridica europea*, cit., 21-22.

(15) La critica più accurata dello statalismo di cui è stata prigioniera la scienza giuridica italiana è quella di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 6, *passim*.

(16) Il problema era già intuito da Vittorio Scialoja all'inizio del Novecento: si veda Commissione reale per la riforma dei codici, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1928, p. XXII-XXIII.

Tutti questi elementi si trovano presenti nel documento principale sul metodo, il discorso del ventinovenne Orlando (1889) (17), dal rifiuto della sociologia e della politica (« i cultori del diritto pubblico sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti, mentre soprattutto giureconsulti dovrebbero essere »), all'opzione sistematica (« che il diritto pubblico si consideri, del modo stesso che il diritto privato, come un sistema di principi giuridici sistematicamente coordinati »), all'appello nazionalistico (« il sangue dei martiri ed il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano »).

Al metodo tradizionale di studio del diritto da parte dei giuristi si è continuato a prestare ossequio a lungo.

Nel 1940 il venticinquenne Massimo Severo Giannini notava che l' 'insufficienza' del diritto amministrativo « non trae ragion d'essere da un'intrinseca insufficienza dei metodi e della tecnica della scienza stessa, né da fondamentali errori d'impostazione o di costruzione delle sue nozioni, ma semplicemente da un'insufficienza di problematica » (18).

Nel 1951, il sessantenne Guido Zanobini, nel presentare la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, ribadiva che occorreva « tenere nel massimo conto i principi generali della materia e i criteri sistematici elaborati dalla dottrina ». Lo stesso autore ritornava più volte sul tema negli anni successivi, sempre apprezzando il rigore del metodo giuridico.

Il « metodo giuridico » ha svolto a lungo, per i giuristi, la stessa funzione dell'ideale classico nell'arte, dal XV al XVIII secolo. Qualche volta l'ispirazione è stata autentica, qualche volta si è trattato di copie e di adornamenti. Il mondo originario era lontano, ma rappresentava un modello ideale, considerato come reale e

---

(17) V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, p. 3 ss.

(18) M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, 133 ss., ripubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 179 ss. (la citazione è a p. 88 dell'estr. da *Studi sassaresi*).

presente. Più passavano gli anni, però, più era evidente la ripetizione, anche se essa continuava il noto e caro che vagheggiava.

3. *Cambiamenti e persistenze.*

C'è da chiedersi ora perché tanti di questi elementi del metodo tradizionale persistano in Italia, a differenza di altri Paesi, producendo un effetto di ripetizione, per cui si leggono tanti scritti, degni solo di un *mercyful forgetting*, che commentano ciò che è già noto e interpretano ciò che è già stato spiegato, con vecchi moduli, ma senza quella padronanza della tecnica giuridica e quella conoscenza di campi diversi del sapere, dalla romanistica alla processualistica, che erano proprie dei seguaci del metodo tradizionale.

Dove, infatti, la rivolta antiformalistica e realistica non è rimasta inascoltata prevale una visione non positivistica — nel senso prima detto — e critica del diritto, sono rimossi i confini artificiali tra le scienze che si interessano del diritto, si fa attenzione non solo alle regole, ma anche alle loro conseguenze, al centro del dibattito giuridico vi sono anche questioni di *policy* (19). Come ha osservato Robert Post, riferendosi alla generazione dei giuristi americani successiva al movimento del realismo giuridico, « no longer for us can the law glow with an innocent and pristine autonomy; no longer can it be seen to subsist in elegant and evolving patterns of doctrinal rules. Instead we naturally and inevitably read legal standards as pragmatic instruments of policy. We seek to use the law as a tool to accomplish social ends, and the essence of our scholarly debate revolves around the question of what those ends ought to be » (20).

Le ragioni di questa persistenza sono state ricercate nel valore taumaturgico attribuito al formalismo, quale rimedio contro le rinascenti dittature e alla fedeltà democratica che il metodo giuridico tradizionale comporta, facendo del giurista un servitore dell'inte-

---

(19) Così negli Stati Uniti, su cui M.W. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, cit., p. 40-41.

(20) R.C. POST, *Constitutional Domains — Democracy, Community, Management*, Cambridge MA, 1995, p. 1.

resse pubblico (21), come definito dalla legge e, quindi, dal Parlamento.

Una spiegazione forse più complessa è la seguente: che il metodo tradizionale di studio del diritto persista in Italia, ma a prezzo di un suo parziale svuotamento dall'interno. Il sorriso del gatto rimane ed è visibile, dopo che il gatto del Cheshire se n'è andato.

Se, infatti, si distingue tra 'folklore' e realtà, per adoperare la nota distinzione operata da Merryman (22), o tra ciò che si dice e ciò che si fa (23), si nota che sono al lavoro almeno tre forze la cui azione è eversiva rispetto all'impianto tradizionale.

La prima e più importante è quella del diritto europeo (ed ora anche del diritto globale), un nuovo *ius commune* che costringe gli *iura particularia* a dialogare e i giuristi a uscire dal loro guscio nazionale. Il positivismo normativistico è in difficoltà in un ordinamento cosiddetto multilivello, con una pluralità di fonti concorrenti. La dogmatica va, se non abbandonata, almeno integrata in sistemi giuridici che consentono la scelta del diritto.

La seconda è quella della comparazione giuridica, ormai solidamente affermatasi, più ancora che come disciplina riservata a cultori specialisti, come metodo necessario per tutti i giuristi. Essa dimostra la relatività dei sistemi giuridici e decostruisce il mito delle risposte esatte (24).

La terza è quella della politica del diritto, nella duplice accezione di scienza politica del diritto e di politica legislativa o giudiziaria. Questa parte da un atteggiamento critico e non deferente rispetto alle norme ed è interessata non alla loro ricostruzione in ordini concettuali, ma all'analisi del loro funzionamento e alla proposta di nuovi istituti.

---

(21) M.W. Hesselink, *La nuova cultura giuridica europea*, cit., p. 51 ss.

(22) J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*[2], Stanford, CA, 1969, p. 1985 (trad. it., *La tradizione di* civil law *nell'analisi di un giurista di* common law, Milano, 1973).

(23) Secondo la nota separazione tra *locutionary force* (studiare gli autori per quello che dicono) e *illocutionary force* (studiare gli autori per quello che fanno, per quello che è il loro scopo), su cui Q. Skinner, *Social Meaning and the Explanation of Social Action*, in *The Philosophy of History*, a cura di P. Gardiner, Oxford, 1974, p. 106.

(24) H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *RIDC*, 2000, n. 3, p. 503, cit. in M.W. Hesselink, *La nuova cultura giuridica europea*, cit., p. 80.

Questa soluzione, dei cambiamenti particolari nell'ambito della persistenza dell'impianto generale (25), è divenuta, però oggi insoddisfacente (26), per chi non sia soltanto un *practicus legum*, per almeno quattro motivi.

Il primo riguarda non lo studio del diritto fatto dai giuristi, ma gli studi non giuridici del fenomeno giuridico. Quando Orlando rifiutava l'approccio sociologico, quello politologico e tutti gli altri approcci non strettamente giuridici, questi erano o allo stato nascente o inesistenti, mentre il diritto privato, al cui metodo di studio Orlando si richiamava, vantava un'anzianità di quasi due millenni, ed aveva raggiunto anche un notevole grado di sofisticazione. La situazione è ora radicalmente mutata, secondo alcuni con una inversione, nel senso che, ad esempio, l'analisi politologica e quella economica del diritto (27) hanno raggiunto gradi di sviluppo decisamente superiori a quello dell'analisi giuridica.

Il secondo motivo riguarda la fine dell'atteggiamento nazionali-

---

(25) Dove c'è stata. Ma non è il caso dell'analisi economica del diritto, conosciuta ed ossequiata, ma pochissimo praticata. Per il diritto amministrativo, segnalo quale eccezione M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, che fa ampio uso della letteratura prodotta dai cultori di analisi economica del diritto e ne tenta egli stesso una applicazione.

(26) Come è chiaro a chi, specialmente in Francia, in Germania e in Italia, si è interrogato sulla 'crisi' del diritto amministrativo. Per la Francia, si vedano i seguenti scritti: J.-J. BIENVENU, *Le droit administratif: une crise sans catastrophe*, in *Droits*, 1986, n. 4, p. 93 ss.; J. CHEVALLIER, *Doctrine ou science?*, in *Act. jur. dr. adm.*, 20 juillet/20 août 2001, p. 603 ss.; J.-B. AUBY, *La bataille de San Romano*, in *Act. jur. dr. adm.* 20 novembre 2001, p. 912 ss.; J.-B. AUBY, *Quand la common law perd du terrain devant le droit continental*, in *Jurisclasseur-Dr. adm.*, n. 4, avril 2004, p. 3 ss.; F. MELLERAY, *Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel?*, in *Act. jur. dr. adm.*, 28 mars 2005, p. 637 ss.; B. FERRARI, *Le déclin du droit administratif français: entre chimère et réalité*, in *Act. jur. dr. adm.*, 22 mai 2006, p. 1021 ss. Per la Germania, si vedano: E. SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee - Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 2004. Per l'Italia, rinvio ai seguenti miei scritti: *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 869 ss.; *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, p. 27 ss.; *Il diritto amministrativo nell'ultimo decennio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 5 ss. e *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 901 ss.

(27) Quest'ultima riconosciuta, ma poco praticata in Italia, dove finiamo per apprezzare come nuovissime le avanguardie dell'altro ieri (il *Journal of Law and Economics* comincia ad uscire nel 1958).

stico, imposta dalla costituzione di unioni regionali di Stati (a partire dall'Unione europea) e da un gran numero di unioni globali settoriali (quelle pubbliche ora sono in numero non inferiore a 2000).

Il terzo motivo riguarda il particolare bisogno, in Italia, di un approccio che guardi all'efficienza delle norme e degli istituti, un approccio per il quale diventano essenziali domande del tipo « quale delle diverse autorità è in grado di procurarsi a minor costo le informazioni necessarie e di elaborarle, in modo da pervenire all'assunzione delle decisioni più efficienti? » (28).

Infine, non va dimenticato che, i giuristi seguaci del metodo tradizionale dettero un apporto decisivo alla definizione dei connotati dello Stato moderno nella forma assunta tra XIX e XX secolo (lo Stato liberale) (29), tanto da divenirne un elemento essenziale. Ora, superata questa forma di Stato, anche i metodi di studio tradizionali vanno o integrati o superati.

4. *Gli insegnamenti degli studi non giuridici del diritto.*

Se, dunque, il giurista deve impadronirsi con maggiore sicurezza degli approcci e delle tecniche sperimentati dagli studi del diritto compiuti da non giuristi, uscendo dal chiuso del proprio metodo, quali sono, in particolare, i più significativi di tali approcci e tecniche?

Il *primo* insegnamento che viene da tali studi è quello di tenere un atteggiamento meno deferente verso la disposizione normativa. E questo per diversi motivi.

Innanzitutto, perché non vi è sempre corrispondenza tra legislatore e autorità. Vi sono interi complessi normativi che diventano efficaci in virtù di poteri che non discendono da chi ha posto il diritto (si pensi alle migliaia di « standards » tecnici, o ai criteri di redazione dei bilanci delle banche).

In secondo luogo, per il valore relativo della giuridicità, che deriva dall'esistenza di livelli superiori di giuridicità: si pensi alla

---

(28) F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 107.

(29) M. Nigro, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale* (1988), ora in M. Nigro, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1963 ss.

legge legittima, ma dichiarata costituzionalmente illegittima o alla legge inapplicabile perché in contrasto con il diritto comunitario.

In terzo luogo, per la necessaria pluralità dei significati delle norme — al di là delle ridicole pretese degli 'originalisti' americani — che comporta un'analisi più attenta degli usi della discrezionalità e mette in primo piano le scelte amministrative (secondo un antico detto della sofistica, a fare la sella non è il sellaio, ma il cavaliere), suggerendo di abbandonare l'atteggiamento di ossequio verso il legislatore.

In quarto luogo, per la rilevanza del contesto economico, sociale e politico, 'fattuale' in genere, perché norme decontestualizzate non sono né comprensibili, né comparabili. Giustamente Hayek aveva osservato che non può esservi una scienza del diritto che sia una scienza delle sole norme e non tenga conto dell'ordine dei fatti ai quali essa tende (30).

In quinto luogo, per la componente (necessaria) comparativa della riflessione giuridica, che insegna a non assolutizzare un certo, specifico diritto positivo, a relativizzare e problematizzare, abbandonando la concezione strettamente positivistica e meccanicistica, aprendo i confini dei diritti nazionali.

Il *secondo* insegnamento che viene dagli studi non giuridici del diritto è quello di concentrarsi (anche) sull'esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali. Non bisogna solo chiedersi se le norme rispondono a certi requisiti formali (ad esempio, al metro costituzionale), ma anche se riescano ad adempiere le funzione che si è voluto e si vuole assegnare ad esse.

Un'analisi della funzionalità economica delle norme, e dei sistemi giuridici in generale, comporta, ad esempio, una valutazione dei benefici e dei costi, diretti e indiretti; un esame della loro imputazione o distribuzione; lo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico); un esame delle esternalizzazioni (trasferimenti su altri) di costi o benefici. Infine, essa comporta di essere

(30) F.A. Hayek, *Droit, legislation et liberté*, *Règles et ordre*, tr. fr. R. Andomin, Paris, 1983, p. 137 e 127 (di quest'opera c'è anche una traduzione italiana, Milano, Il Saggiatore, 2000).

attenti alla alternativa tra proibizione (prevenzione specifica attraverso un meccanismo di sanzioni) e disincentivo (prevenzione generale, attraverso il meccanismo del mercato, consistente nel rendere più o meno costoso un bene o una attività).

Gli esempi più importanti di analisi funzionale sono quelli offerti da Calabresi nelle sue opere maggiori, sugli incidenti (31) e sulle « scelte tragiche » (32). Esemplare, nella prima, il metodo con cui vengono analizzati i modi per raggiungere una riduzione del costo degli incidenti senza impedire la riduzione primaria, quella del numero e della gravità dei sinistri. Esemplare, nella seconda, il modo in cui vengono messi a paragone i diversi metodi della allocazione pura (il mercato puro, il metodo politico responsabile, il sorteggio, il metodo consuetudinario o evolutivo), le modifiche del metodo politico (decentramento e trasformazione della scelta allocativa in decisione di meritevolezza), le modifiche del mercato (mercati non monetari o misti, mercati neutrali, mercato dei rischi, mercati collaterali), le combinazioni di metodi.

Analisi di questo genere richiedono studiosi meno obbedienti verso le norme, perché non le esaminano per la loro coerenza con altre norme, bensì per la loro congruenza con una funzione.

L'analisi economica del diritto, al centro del rinnovamento in senso funzionalistico degli studi del diritto, è — però — a sua volta al centro di non pochi paradossi.

Il notissimo teorema di Coase — che ha avuto una influenza 'immensa' sui giuristi, una più limitata sugli economisti (33) — ha stabilito un ponte tra diritto ed economia, ma era diretto non tanto ad introdurre l'analisi economica nello studio del diritto, quanto ad introdurre il diritto all'interno della analisi economica (che fino allora aveva considerato il mercato come sistema di prezzi che funziona senza un sistema giuridico fonte di costi di transazione).

---

(31) G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, tr. it., Milano, 1975.

(32) G. Calabresi-P. Bobbit, *Scelte tragiche*, tr. it., Milano, 1986.

(33) È una osservazione dello stesso Coase, fatta nella lezione per il Nobel dell'economia, R.H. Coase, *La struttura istituzionale della produzione* (1991), ora in R.H. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, p. 337. Si vedano anche le pp. 338-339, sull'importanza cruciale del sistema giuridico e sui suoi effetti sul funzionamento del sistema economico.

Pur arricchendo l'analisi del diritto, l'analisi economica ha prodotto una crisi epistemologica, consistente nel « declino fra gli studiosi del diritto della fiducia nel fatto che il diritto sia o debba essere una disciplina autonoma » (34), per cui « il diritto può esistere ed evolversi senza giuristi e senza potere centralizzato » (35).

L'analisi economica del diritto, però, pur provocando una crisi del pensiero giuridico tradizionale, lo arricchisce, perché fornisce una chiave universale per esaminare gli ordinamenti giuridici, che consente ai giuristi di non restare prigionieri dei singoli diritti positivi nei quali operano; e perché fornisce uno strumentario per sottomettere anche lo Stato ad alcune regole (non esiste intervento pubblico che non abbia costi).

Il *terzo* e più importante insegnamento che viene dagli studi non giuridici del diritto è quello di considerare le norme come un sistema in movimento, nel quale operano gli individui-massimizzatori, il diritto stesso come mezzo per variare i prezzi dei comportamenti, le variazioni delle regole come mezzo per alterare la struttura dei prezzi (36).

Lo studio di un sistema in movimento non può essere compiuto con i criteri della prescrittività, secondo cui le soluzioni sono necessitate (lo Stato detta, giurista e cittadino obbediscono), ma per assunti, come una serie di ipotesi: al verificarsi di x, è probabile che si verifichi y; oppure: se si verifica x, y dovrà sopportare i costi.

In questo tipo di approccio, non v'è separazione netta tra metodo positivo e metodo normativo (o, se si preferisce, tra *iure condito* e *iure condendo*). Oggetto di studio è la varietà di combinazioni possibili.

5. *E le tradizioni?*

Qual è il posto delle tradizioni in questo rinnovamento dello studio del diritto? In particolare, hanno ancora spazio le analisi

---

(34) E. Hertz in L. Nader, *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, tr. it., Napoli, 2003, p. 52.

(35) L. Nader, *op. cit.*, p. 58.

(36) F. Parisi, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 380 e 384.

positive, normologiche, sistematiche? Chi deve interessarsi di applicare le nuove metodologie?

Provo ad accennare una risposta provvisoria a questi due quesiti.

Le analisi del diritto da nuovi punti di vista non rendono inutili quelle tradizionali. In larga misura sono fondate su di esse. Vanno ad integrarle. Il ragionamento del giurista-avvocato dovrà, in ultima istanza, mirare a convincere; farà ricorso ancora, in prevalenza, agli argomenti tradizionali (ma la sua opera sarà più efficace se si impadronirà anche degli argomenti nuovi). Tradizione e innovazione, dunque, conviveranno. A patto di riconoscere i meriti reciproci, ma anche le debolezze, che sono maggiori nella scienza tramandata dalla tradizione, perché più meccanica.

Non bisogna, poi, intendere la divisione del lavoro scientifico nel senso che occorra lasciare le analisi politologiche del diritto agli studiosi di scienze politiche e quelle economiche del diritto agli economisti. Una divisione di questo tipo finirebbe per ricreare steccati disciplinari, dopo il dovuto riconoscimento dei valori reciproci. Se — come ricordava Popper — non si studiano materie od oggetti, ma problemi, e questi ultimi vanno inseguiti al di là delle divisioni disciplinari, sarà allora il problema a dettare il metodo. Saranno le domande a guidare i metodi (37).

(37) L. NADER, *op. ult. cit.*, p. 89.

"*LE DROIT TOUT PUISSANT ET UNIQUE DE LA SOCIÉTÉ*". PARADOSSI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

> « *L'idée d'un droit inhérent à certains individus disparaît rapidement de l'esprit des hommes; l'idée du droit tout puissant et pour ainsi dire unique de la société vient remplir sa place. Ces idées s'enracinent et croissent à mesure que les conditions deviennent plus égales et les hommes plus semblables; l'égalité les fait naître et elles hâtent à leur tour les progrès de l'égalité* ».
>
> A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amerique*, II, IIIe tome, Paris, Michel Lèvy, 1874, p. 477.

1. Un mosaico di contraddizioni. — 2. Perché il diritto amministrativo e non il diritto pubblico. — 3. La storia: *a.* una vicenda breve e una crescita tumultuosa. — 4. *b.* Tripolarismo del diritto amministrativo. — 5. *c.* Un'incerta collocazione nell'ordine giuridico. — 6. *d.* Diversi modi di intendere il diritto amministrativo. — 7. Quattro tensioni irrisolte: *a.* politica e amministrazione. — 8. *b.* Pubblico e privato. — 9. *c.* Statale e universale. — 10. *d.* Nazionale e transnazionale. — 11. Per una nuova integrazione.

1. *Un mosaico di contraddizioni.*

La scienza del diritto amministrativo attraversa una generale crisi, travagliata com'è dal suo stesso progresso. Questo è dovuto all'ampliarsi del suo oggetto, all'accentuarsi delle sue contraddizioni, all'accumularsi delle nuove conoscenze, alla sua arretratezza metodologica, alla sua povertà tematica.

Il diritto amministrativo si estende, fuori dello Stato, ad aree prima sconosciute, come quella europea e quella globale. Diventano,

---

(*) Questo scritto contiene, in una presentazione unitaria, tre relazioni, illustrate, nelle sezioni inglese e francese, al convegno dell'*European Group of Public Law* (Atene, 11-13 settembre 2009), al *5th European Jurists' Forum* (Budapest 1-3 ottobre 2009) e al *Colloque International Politique(s) du Droit Public* (Strasburgo 27-28 novembre 2009).

allo stesso tempo, più intensi gli scambi tra i diritti nazionali. Vi penetrano nuovi concetti e modelli (come "governance", "accountability", "new public management", "Steuerung", "expert bodies"), difficili da comprendere e classificare con i paradigmi tradizionali.

Il diritto amministrativo si presenta come un mosaico di contraddizioni, che fanno dubitare persino della sua identità (lo chiamiamo amministrativo, ma è il vero e proprio diritto della società). Soggetto per una parte a un veloce cambiamento, è per altre parti l'emblema della stabilità. Tradizionalmente unitario, è diventato pluralista. Figlio dell'accentramento, sopravvive ad un intenso decentramento. Esempio di unilateralismo, ha saputo resistere all'ondata contrattualistica. Regno del formalismo, si vale dell'informalità. Ospita nel suo seno nazionalizzazione e privatizzazioni, regolazione e de-regolazione. Figlio dell'interesse nazionale, è però anche strumento della cooperazione sovrastatale e globale. Subisce allo stesso modo limiti statali e limiti sovrastatali e globali. Tutte queste opposizioni e contraddizioni vivono, come tanti strati sovrapposti e mescolati, secondo il modello dell'"institutional layering", in una tensione permanente, nel diritto amministrativo, rendendo difficile afferrarne, in un esame unitario, le molte componenti.

La scienza del diritto amministrativo, dal canto suo, fatica a liberarsi dei paradigmi da essa stessa costruiti, e che ne hanno assicurato il bisecolare sviluppo. È fondata su postulati positivistici anche ora che il monopolio della legalità statale vacilla. Continua a coltivare l'idea della statalità del suo oggetto, mentre questa è erosa sia all'interno, sia all'esterno (1). Fa affidamento sul paradigma della dialettica autorità-libertà anche se esso è valido solo per una piccola parte delle relazioni disciplinate dallo Stato. Studia il procedimento amministrativo come sequenza di atti a mezzo dei quali si forma la decisione amministrativa anche ora che esso è invece lo strumento attraverso il quale si realizza la cittadinanza amministrativa. Insegue temi tradizionali e limitati, perdendo di vista le connessioni tra di essi e le nuove problematiche che si affacciano.

---

(1) C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, tr. it., Milano, Adelphi, 1987, p. 57 e 64 (tr. it. di *Ex captivitate salus. Erinnerungen der Zeit 1945-47*, Berlin, Duncker und Humblot, 1950) ha molto acutamente osservato che l'intera area del diritto pubblico è un campo che va ben oltre i confini di una nazione e ben oltre la legalità positiva.

Sono tutti questi i motivi per i quali si parla tanto diffusamente di "déstructuration", "déstabilisation" e "rénovation" (2); oppure di "crise", "déstructuration", "mutation" e "rénovation", di "Reform des Allgemeinen Verwaltungsrecht" e di "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft" (3), nonché di "New Administrative Law" (4).

2. *Perché il diritto amministrativo e non il diritto pubblico.*

Perché esaminare il solo diritto amministrativo, e non l'intero campo del diritto pubblico? Una spiegazione è necessaria, e richiede di valutare sviluppo e direzione delle diverse componenti del diritto pubblico (5).

Il diritto pubblico consta di due parti fondamentali, il costituzionale e l'amministrativo. Tra queste vi sono rapporti molto difficili. Per un verso, il diritto amministrativo subisce la forza attrattiva del diritto costituzionale. I principi fondamentali dell'amministrazione sono scritti nelle costituzioni. Il diritto amministrativo è — per ripetere una delle sue definizioni più famose — "konkretisiertes Verfassungsrecht" (6).

Per altro verso, i due rami vanno in direzioni opposte. Il diritto costituzionale muove dalla scienza politica e va verso la giustizia. Esso ha subìto il fascino che deriva dallo sviluppo, quasi dovunque nel mondo, delle corti costituzionali, che hanno acquisito un ruolo centrale ed hanno attratto in modo quasi esclusivo l'attenzione degli studiosi. All'opposto, il diritto amministrativo, che è nato per effetto del lavorio della giurisprudenza, si muove ormai da tempo nella direzione dell'allargamento e dell'integrazione. Esso ha scoperto che

---

(2) J.-B. Auby, *La bataille de San Romano — Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *Ajda*, 20 novembre 2001, p. 912.

(3) M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project*, in M. Ruffert (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe / La mutation de droit administrative en Europe*, Munich, Sellier, 2007, p. 3 ss.

(4) Alfred C. Aman, *Administrative Law in a New Century*, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 90.

(5) Naturalmente, in termini generali, senza specifico riferimento ad uno o ad altro Paese, riconoscendo che sia possibile riconoscere principi e metodi di uso comune.

(6) F. Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *DVBl*, 1959, p. 527.

il suo proprio oggetto è l'amministrazione nel suo concreto operare. E che per comprendere quest'ultima non bisogna guardarla solo con gli occhiali del giudice.

Da questa diversità di direzioni dei due rami, che pure hanno tante parti in comune, dipende anche una loro enorme diversità di estensione. Mentre il diritto costituzionale si sofferma principalmente su valori e diritti fondamentali, quello amministrativo si interessa anche di funzioni, organizzazioni, personale, procedure, risultati.

È probabilmente dovuta a quella stessa diversità la mancanza di unità scientifica dei due rami. È vero che in alcuni Paesi si insegna "diritto pubblico". Ma questo è una unità fittizia, dal punto di vista scientifico, perché non vengono studiati unitariamente i diversi istituti dell'uno e dell'altro ramo (ad esempio, procedimento legislativo e procedimento amministrativo, oppure giustizia costituzionale e giustizia amministrativa).

Da ultimo, sarebbe singolare trattare del diritto pubblico in un momento in cui le frontiere pubblico-privato si rivelano tanto mobili: espansione e poi riduzione dell'area pubblica; penetrazione del diritto pubblico nell'area privata; contrattualizzazione dell'attività amministrativa. Il movimento tra i due poli, quello pubblico e quello privato, è caratteristico del diritto amministrativo (mentre non lo è dell'intero diritto pubblico), tanto che pubblico e privato sono divenuti due parti essenziali di esso. Non si può più dire — come una volta — che il diritto amministrativo sia un ramo del diritto pubblico. Dunque, l'attenzione rivolta al diritto pubblico fa correre il rischio di perdere uno dei tratti caratteristici dello sviluppo odierno dell'area pubblica. Ecco un altro buon motivo per evitare un esame del diritto pubblico e concentrarsi sul diritto amministrativo.

Questa condizione unica e peculiare del diritto amministrativo è stata accentuata negli ultimi decenni dallo sviluppo del diritto amministrativo globale. Qui non vi sono basi costituzionali, perché, se vi è ormai una amministrazione ultrastatale, non vi è una costituzione cosmopolitica.

3. *La storia:* a. *una vicenda breve e una crescita tumultuosa.*

Il diritto amministrativo è pieno di contraddizioni, sia nella sua storia, sia nel modo in cui si presenta oggi.

La sua vicenda è breve, ma caratterizzata da una crescita tumultuosa. Nel suo corso, il diritto amministrativo non si è ordinato intorno a un solo polo, ma ha oscillato tra tre diversi poli. Inoltre, esso ha variamente ondeggiato tra diritto costituzionale e diritto civile. Infine, pur avendo un corpo di temi comuni, è stato studiato in modo differente in diversi Paesi.

Come Roma inventò il diritto civile, Parigi inventò il diritto amministrativo. Ma il primo ramo del diritto nacque più di un millennio fa. Il secondo ha solo duecento anni. Alexis de Tocqueville, nella prima metà del XIX secolo, osservava che il diritto amministrativo era "une science aussi nouvelle et encore aussi contestée" (7). Il fondatore del diritto amministrativo tedesco, Otto Mayer, notava, all'inizio del XX secolo, che "unser Verwaltungsrecht ist ein junges Recht" (8).

Anche gli antichi imperi, come quello cinese, ebbero potenti burocrazie e vaste amministrazioni. Alcuni reggimenti antichi si caratterizzarono per l'esistenza di "burocrazie idrauliche", dovendo regolare il corso e l'uso di grandi corsi d'acqua, come il Tigri e l'Eufrate. Tutte le potenze dell'Antico Regime ebbero eserciti numerosi e dovettero raccogliere imposte per sostentarli, mantennero relazioni esterne con altri Stati, assicurarono al loro interno l'ordine pubblico con ben ordinate forze di polizia.

Ma tutto ciò non produsse la nascita di un diritto amministrativo. Norme, istituzioni e procedure amministrative rimasero indistinte da quelle politiche, anche se alcuni principi e concetti del futuro diritto si possono trovare già nel "droit seigneurial" (oltre che nel diritto canonico).

Il nostro diritto fu il prodotto di una particolare circostanza storica, realizzatasi in un Paese, la Francia. Vi concorsero l'ordinamento uniforme degli uffici pubblici e l'accentramento, l'istituzione di un giudice speciale, la diffusione di una scienza e dell'insegnamento, inizialmente affidato agli stessi giudici amministrativi, che

---

(7) A. de Tocqueville, *Rapport sur le livre de Macarel, Cours de droit administratif* (1846), in A. de Tocqueville, *Œuvres complètes*, IX *Études économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p. 65.

(8) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, III ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1924, p. 18.

vennero così a ricoprire tre ruoli, quelli di creatori del nuovo ramo del diritto, di studiosi e di insegnanti di esso.

Nato come "macchina del potere", il diritto amministrativo incontrò sulla sua strada il liberalismo e il socialismo, che contribuirono potentemente, ma in modi diversi, alla sua crescita.

Il liberalismo aspirava a sottrarre le istituzioni amministrative al governo dell'arbitrio. Per far questo, le sottopose al diritto e alla legge. Ciò richiese una vasta legislazione e giudici che la facessero valere per proteggere i cittadini nei confronti dell'amministrazione.

Il socialismo, invece, richiese all'amministrazione di darsi carico dell'esigenza di eguaglianza. Fece sviluppare scuole e ospedali pubblici, istituti diretti a proteggere i lavoratori, servizi pubblici. Produsse l'aumento dei dipendenti pubblici, richiese l'afflusso al Tesoro di grandi somme di denaro, la disciplina minuta di quasi ogni aspetto della vita sociale.

4. b. *Tripolarismo del diritto amministrativo.*

Questa oscillazione del diritto amministrativo tra autoritarismo, liberalismo e socialismo ne ha determinato una caratteristica fondamentale, il suo tripolarismo.

Nel diritto amministrativo il polo originario e tradizionale è quello costituito dal potere pubblico. Il diritto amministrativo serve a questo come "macchina dell'obbedienza". È il suo involucro autoritario. È mezzo della realizzazione della volontà del governo. È chiamato a dare attuazione ad essa con la massima efficacia. In questo senso, il diritto amministrativo opera "ex parte principis".

In questo primo polo, prevale il diritto amministrativo speciale, derogatorio, unilaterale, privilegiato, perché esso deve imporsi alla collettività. È la componente autoritaria d'origine che si fa sentire.

Più tardi, lo stesso strumentario sarà utilizzato ad uno scopo diverso, non per consentire alla volontà del governo di imporsi alla società, ma per permettere alla società stessa di realizzare i suoi fini collettivi, prevalendo nei confronti di singoli privati. Anche questa polarità del diritto amministrativo ne fa il vettore del potere e della supremazia amministrativa. Solo che questa volta esso è al servizio di interessi collettivi, non degli interessi di un re, di una casta, di una

classe, di un regime, di una "élite". È la componente storica socialista che fa sentire il suo peso.

Il terzo polo del diritto amministrativo opera "ex parte civis", è quello funzionale alla "lucha contra las immunidades del poder" (9). Qui si fa sentire la componente storica liberale. Essa detta i limiti del potere, ispira la giustizia amministrativa, obbliga l'amministrazione a rispettare il principio di trasparenza e a motivare le sue decisioni.

Nel diritto amministrativo queste tre componenti si sviluppano in successione: la prima, poi la terza, infine la seconda. Ma esse sono poi compresenti, consentendo oscillazioni. Il diritto amministrativo si avvicina talora alle istanze autoritarie, talaltra a quelle collettivistiche o socialiste, talaltra ancora a quelle liberali. In questi movimenti vengono accentuati l'accentramento e l'ingiustizia amministrativa, oppure le istituzioni dello Stato Provvidenza, ovvero le libertà e i diritti dei cittadini nei confronti dell'amministrazione.

La stratificazione di queste istituzioni costituisce una delle ragioni dell'inafferrabilità del diritto amministrativo, che si presenta talora strumento dell'autorità, talaltra mezzo per il raggiungimento di fini collettivi, talaltra congegno per assicurare la libertà.

5. c. *Un'incerta collocazione nell'ordine giuridico.*

Dove si colloca il diritto amministrativo? Qual è la sua posizione rispetto al diritto costituzionale e rispetto al diritto civile? Ecco un'altra domanda alla quale è difficile rispondere.

Il nostro diritto nasce sì in un contesto statale, ma completamente scisso dal diritto costituzionale. Basti ricordare quanto scriveva Otto Mayer nel 1923: "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" (10). Se il diritto costituzionale passa e quello amministrativo resta, essi hanno tempi e durate diversi. Sono, quindi, inesorabilmente separati.

Un altro protagonista della vicenda del diritto amministrativo, Fritz Werner, presidente del "Bundesverwaltungsgericht" tedesco,

---

(9) E. Garcia de Enterría, *La lucha contra las immunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, in *Rap*, 1962, n. 38, p. 159 ss.

(10) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* cit., p. II.

solo un quarantennio dopo, nel 1959, considerava, invece, il "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht" (11). Se il diritto amministrativo è diritto costituzionale concreto, vuol dire che le strade dei due diritti si sono incrociate, che uno dei due diritti, quello amministrativo, dipende ormai dai principi posti nell'altro. Ciò che trova un riscontro nell'abbondanza di prescrizioni, relative al diritto amministrativo, contenute nelle costituzioni del secondo dopoguerra.

Ma ora la costituzionalizzazione del diritto amministrativo è nuovamente smentita dallo sviluppo del diritto amministrativo globale. Questo va oltre lo Stato, sopravanza il diritto costituzionale, che non riesce a raggiungere confini così vasti. Si libera dei legami con lo Stato, ai quali rimane stretto, invece, il diritto costituzionale. I due diritti hanno sviluppi asimmetrici.

Non diversamente oscillanti i rapporti con il diritto civile. Nel 1831 Tocqueville notava che "le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemi pour se bien connaître" (12). La ragione di questo stato di cose nella fase iniziale dello sviluppo del diritto amministrativo è semplice. Il diritto amministrativo costituiva un corpo separato di norme. Così come vi erano proprietà, contratto e responsabilità civile, vi erano separate proprietà, contratto e responsabilità amministrativi. Gli istituti del diritto civile erano doppiati da quelli dell'altro diritto.

Da qui comincia un gioco di reciproche conquiste, riassunto dalle opposte espressioni amministrativizzazione del diritto civile e privatizzazione del diritto amministrativo.

"Tout devient droit public", osserva Georges Ripert nel 1949, segnalando la crescita di divieti, autorizzazioni, imposizioni di obblighi, controlli pubblici (13).

Ma il diritto privato resiste, ed anzi passa all'attacco, conquistando l'amministrazione. La "regulatory fatigue" richiede l'introduzione di "new regulatory models" fondati su sistemi di incentivi

---

(11) F. Werner, *op. cit.*

(12) A. de Tocqueville, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67.

(13) G. Ripert, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 37.

economici. Questi riducono il campo d'azione del diritto amministrativo, delegando al mercato, attraverso il sistema dei prezzi, l'esecuzione di politiche pubbliche (14). L'amministrazione considera più conveniente valersi degli stessi strumenti del diritto civile. Dunque, il diritto amministrativo diventa un diritto meticcio, composto di diritto speciale e di diritto civile, nel quale il primo diviene talora secondario o esorbitante (15).

6. d. *Diversi modi di intendere il diritto amministrativo.*

Pur avendo un corpo comune di principii e di temi, il diritto amministrativo è stato studiato in modo diverso.

Nel corso dei due secoli di vita, la scienza del diritto amministrativo non è rimasta sempre eguale e non ha avuto lo stesso sviluppo nei diversi Paesi. In Francia, l'interesse iniziale degli studiosi è stato attratto dalla giurisdizione amministrativa (del "Conseil d'Etat") e dai poteri "esorbitanti" della pubblica amministrazione (quei poteri speciali che la sottraevano al diritto civile).

Più tardi, però, la scienza si è dedicata allo studio di altri temi, come quello dell'organizzazione (a causa delle peculiarità dell'accentramento amministrativo) e del personale pubblico (per spiegare il regime diverso al quale sono sottoposti i dipendenti pubblici).

Una analoga vicenda si è verificata, con un lieve scarto temporale, in Germania, Italia e Spagna.

Regno Unito e Stati Uniti (e con loro i Paesi di "common law") hanno riconosciuto con molto ritardo l'esistenza di un diritto amministrativo, ed hanno cominciato a percorrere la stessa strada della Francia.

Ancora oggi vi sono forti differenze tematiche tra le diverse culture nazionali. Quelle anglosassoni, di più recente sviluppo, sono concentrate prevalentemente sullo studio del procedimento e del processo amministrativi. Culture più antiche, come quella francese,

---

(14) R. STEWART, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, in *New York University Law Review*, vol. 78, n. 2, May 2003, p. 437; tr. it. *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2004, p. 1.

(15) Su questa vicenda, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

estendono il loro interesse anche ad altri campi, come quelli dell'organizzazione amministrativa, del personale pubblico, dei contratti amministrativi, della polizia amministrativa, dei servizi pubblici, del demanio, dell'espropriazione. Nelle culture amministrative più sviluppate vengono anche esaminati temi come quelli della regolazione, della finanza pubblica e della crescita ultrastatale (europea e globale) degli istituti amministrativi.

Sulla scelta dei temi influiscono non solo le culture nazionali, ma anche diverse percezioni, pregiudizi, esigenze pratiche.

Vi sono, infine, culture amministrative che si interessano prevalentemente delle parti alte del diritto amministrativo, del diritto federale. Questo è accaduto dapprima negli Stati Uniti, e accade ora nei Paesi che si sono regionalizzati. La molteplicità degli istituti e loro varietà rendono difficile fare analisi d'insieme. Per cui la scienza del diritto amministrativo si dispone su due piani, quello alto e uniforme, quello basso e diversificato. I maggiori ingegni si dedicano al primo, mentre il secondo è lasciato a pratici, a studiosi locali, a specialisti di settore.

7. *Quattro tensioni irrisolte:* a. *politica e amministrazione.*

Nell'odierno diritto amministrativo sono presenti quattro tensioni irrisolte, intorno alle quali si raccolgono i più grandi problemi di tale diritto. Sono quelle tra politica e amministrazione, tra pubblico e privato, tra statale e universale, tra nazionale e transnazionale. Ad esse sono dedicati i quattro prossimi paragrafi.

L'amministrazione è strumento del governo. I Parlamenti stabiliscono indirizzi e pongono limiti a governi e amministrazioni in nome di interessi collettivi e per proteggere interessi individuali. I giudici, a loro volta, sono chiamati a verificare che le amministrazioni rispettino obiettivi e limiti posti dal legislatore.

Ma non tutta l'amministrazione è sempre regolata dalla legge. Vi sono parti che sfuggono ad essa, specialmente quando si deve intervenire in circostanze eccezionali (poteri di emergenza (16)).

(16) Su cui A. VERMEULE, *Our Schmittian Administrative Law*, in 122 *Harvard Law Review* 1095 (2009); si veda anche T. POOLE, *Constitutional exceptionalism and the common law*, in *I.Con*, vol. 7 (2009), n. 2, p. 247.

Vuoti che il governo necessariamente riempie. Altre parti sulle quali vi è un controllo più limitato del giudice. Lo "Stato di diritto" è necessariamente incompleto.

Inoltre, la stessa legge si presta ad essere usata dal governo. Da limite del governo, diventa suo strumento. Specialmente nei sistemi parlamentari, il governo agisce come comitato direttivo della maggioranza parlamentare e può agevolmente guidare la funzione legislativa.

A questa situazione si tenta di porre rimedio in diversi modi. In primo luogo, mettendo l'accento piuttosto sul "rule of law" o principio di legalità in senso sostanziale che sul "rule by law" o principio di legalità in senso formale. Il primo, nella tradizione inglese, che risale all'opera di Albert Venn Dicey, fa riferimento al necessario rispetto di alcuni principi essenziali, quali quello di "sovranità" del Parlamento, di imparzialità dei giudici e di supremazia della "common law" (17).

In secondo luogo, consacrando nella stessa Costituzione alcuni principi essenziali sull'amministrazione, in modo da sottrarla alle maggioranze parlamentari prigioniere dei governi che esse dovrebbero tenere sotto controllo con la legge (18). Vi era bisogno di dare ad essi una efficacia superiore, di carattere costituzionale, perché se ne potesse garantire il rispetto. Si è, quindi, realizzata una estensione della disciplina costituzionale dall'ambito politico a quello amministrativo. Ma questo strumento è necessariamente limitato, non potendosi estendere eccessivamente la parte della costituzione dedicata all'amministrazione.

In terzo luogo, stabilendo legami tra scelte collettive e amministrazione, che non passano attraverso la legge, ma attraverso procedure di democrazia deliberativa (partecipazione diretta degli inte-

---

(17) Il principio di legalità sostanziale è riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale italiana, nei rapporti Stato-regioni. Secondo tale principio, non basta una legge vuota di contenuto: occorre che essa circoscriva il potere normativo secondario o quello amministrativo, predeterminandone il contenuto (si vedano Corte cost. 186/2003, 307/2003, 425/2004, 134/2006, 32 e 237/2009).

(18) P. DELVOLVÉ, *La Constitutionnalisation du droit administratif*, in Association française de droit constitutionnel, « 1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française », Ouvrage sous la direction de Bertrand Mathieu, Paris, Dalloz, 2008, osserva che ciò rafforza i poteri e consolida la giustizia amministrativa.

ressati) e dando maggior voce ai cittadini ("legal empowerment", "enabling State" ([19])). Anche questo strumento è necessariamente limitato, perché presta il fianco alla "cattura" dell'amministrazione da parte degli interessi organizzati di maggior peso.

Infine, sottolineando il carattere scientifico dell'amministrare, e affidandola quindi ad esperti, perché essi seguano le regole tecniche dei diversi settori ([20]).

Parti dell'amministrazione sfuggono non solo al diritto, ma anche al controllo del giudice. Anche a questo si cerca di porre rimedio "ex ante". Stabilendo regole di "buona amministrazione". Oppure con la "giustizia nell'amministrazione" (ad esempio, applicando il principio dell'audizione delle parti nel corso del procedimento per la decisione), piuttosto che con la "giustizia sull'amministrazione" (la "judicial review").

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dopo aver stabilito i principi di imparzialità, giustizia e tempo ragionevole delle decisioni, riconosce il diritto di essere ascoltati, quello di accedere ai documenti amministrativi e quello di ottenere una decisione motivata (art. 41) ([21]).

Anche a livello globale si sono sviluppati il diritto di partecipazione, l'obbligo di motivazione, il principio di trasparenza. Si può dire, anzi, che il nucleo essenziale del principio di buona amministrazione costituisca la parte principale del diritto amministrativo globale.

La buona amministrazione si è evoluta da principio a diritto. Nella prima veste, ha valore "programmatico", costituisce un obiettivo fissato dalla costituzione e diretto al legislatore. Ha, quindi, una

---

([19]) S. CASSESE, *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 507.

([20]) Questo approccio va dall'idea dello "scientific management" applicato all'amministrazione, esposta da J. M. LANDIS (*The Administrative Process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1938) alla più recente ondata di "expert administrations", costituita da "independent regulatory agencies".

([21]) La Carta non rispecchia completamente la giurisprudenza comunitaria, perché la portata dei suoi principii è più ristretta: ad esempio, essa stabilisce il diritto di essere uditi limitatamente ai procedimenti che possono concludersi con misure che colpiscano la persona, mentre la giurisprudenza ammette il diritto di essere ascoltati anche nel corso di procedimenti autorizzatori.

valenza limitata e interna all'apparato statale. Nella seconda veste, si proietta all'esterno della cerchia dello Stato, nella comunità. Conferisce diritti ai quali fanno riscontro obblighi della pubblica amministrazione.

La buona amministrazione ha un contenuto variabile. Si può dire che vi siano alcuni "core principles", quali il diritto di accesso, quello di essere sentiti, quello a ottenere una decisione motivata, quello di difesa attraverso un giudice. Questa parte della buona amministrazione si sovrappone in larga misura con il "rule of law" e con il principio di legalità inteso in senso ampio, nel campo amministrativo ("due process of law"). Fa parte dei diritti procedurali, che hanno tutti una rilevanza esterna.

C'è, poi, una seconda parte, che comprende i principi di imparzialità, ragionevolezza, equità, obiettività, coerenza, proporzionalità, assenza di discriminazioni. Anche questa parte ha rilevanza esterna, ma non si articola, di regola, in forme procedimentalizzate. Infine, la buona amministrazione comprende regole più minute, come il dovere di cortesia, o la regola della risposta scritta alle domande dei privati, che costituiscono norme direttive, normalmente non azionabili. Dunque, la buona amministrazione è una nozione alla quale sono legati contenuti diversi.

Nessuno degli accorgimenti indicati risolve la tensione tra arbitrio e diritto, efficienza e legalità, politica e amministrazione per un semplice motivo: l'amministrazione è essa stessa politica resa concreta. Il diritto amministrativo resta, quindi, inesorabilmente incompleto.

8. b. *Pubblico e privato.*

I due secoli di vita del diritto amministrativo sono scanditi da due moti di lungo periodo. Il primo va dalla metà del XIX secolo al terzultimo decennio del XX secolo ed è caratterizzato da una crescente espansione della sfera pubblica. Il secondo, che comincia negli anni '70 del secolo scorso, è, invece, contraddistinto da una progressiva riduzione della sfera pubblica.

Il costituzionalista inglese e grande oppositore del "droit administratif" Albert Venn Dicey, nel breve corso tenuto all'università di Harvard e poi pubblicato, agli inizi del nuovo secolo (1905), in un

volume intitolato *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (22) esponeva la tesi della lenta fine del *laisser faire* nella seconda metà del XIX secolo, sotto la pressione dell'interventismo statale (disciplina dell'industria e del lavoro). Interventismo, a sua volta, alimentato dalla diffusione del collettivismo e da una *legislative public opinion* favorevole alla correzione, da parte dello Stato, delle *market failures*, imperfezioni del mercato.

Il secolo XIX ha registrato lo sviluppo del « collettivismo », e cioè l'estensione della protezione pubblica di interessi delle classi lavoratrici, la restrizione della libertà contrattuale, l'egualizzazione dei vantaggi, la preferenza per l'azione collettiva. La prima metà del XX secolo ha visto succedersi progressivi allargamenti del suffragio, due conflitti bellici e una crisi mondiale. I primi hanno aumentato la domanda collettiva di servizi pubblici, specialmente a favore delle categorie sottoprotette. I secondi hanno dato grande impulso agli interventi pubblici diretti alla ricostruzione e alla riduzione degli squilibri. La terza ha spinto lo Stato ad aumentare la dimensione delle gestioni pubbliche dirette ed a intervenire, con programmi e controlli, nell'economia privata. Tutti questi eventi hanno causato un aumento del ruolo dello Stato, chiamato a sopperire alle debolezze del mercato, a riequilibrare, a dare sicurezza (23). Questo aumento si è verificato essenzialmente sul lato amministrativo, con nuovi organi, più personale, maggior bisogno di risorse, più estesa disciplina.

A partire dall'ultimo quarto del secolo XX, questa tendenza si è invertita. La spesa pubblica, che aveva superato in molti Paesi la metà del Prodotto interno lordo, ha cominciato a scendere. Lo Stato è ancor oggi il maggiore intermediario finanziario (raccoglie risorse attraverso la leva fiscale e le re-distribuisce in forma di servizi), ma la sua quota nell'economia va diminuendo. Si teme che il "government overburdened" possa fare bancarotta.

Nel settore bancario, in quello assicurativo, dell'energia elettrica, del gas e altre fonti di energia, nelle telecomunicazioni, nei

---

(22) Ripubblicato da Liberty Fund, Indianapolis, 2008.

(23) S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, n. 2, p. 378.

trasporti aerei, e in tanti altri settori, enti pubblici sono stati trasformati in società, le azioni di società sono state (parzialmente o interamente) vendute a privati; ma, contemporaneamente, sono state istituite autorità di regolazione, per disciplinare le società privatizzate. Allo Stato-imprenditore si è sostituito lo Stato-regolatore.

Quasi tutti i servizi pubblici sono stati sottoposti ad un processo di liberalizzazione, che ha trasformato i rispettivi settori da riservati allo Stato in settori ad accesso libero. Contemporaneamente, però, per assicurare finalità sociali (ad esempio, il servizio universale), sono stati stabiliti limiti e controlli pubblici (24).

La riduzione della sfera pubblica non è avvenuta soltanto con le privatizzazioni e la de-regolazione, ma anche attraverso le esternalizzazioni e lo sviluppo delle "public-private partnerships".

Le esternalizzazioni consistono nell'affidamento a privati di funzioni e compiti pubblici.

Sono state sperimentate esternalizzazioni delle più varie attività, relative alla difesa, alle carceri, all'ordine pubblico, alla determinazioni di "standards" e alla certificazione di conformità di beni industriali, alle imposte, all'istruzione, alla sanità, alla raccolta e allo smaltimento di rifiuti, ai trasporti, ai musei, agli archivi pubblici, alla manutenzione delle strade, alla gestione del personale pubblico, agli acquisti di beni e servizi della pubblica amministrazione, alla progettazione delle opere pubbliche.

L'esempio più significativo, perché attiene ad una tipica funzione statale, manifestazione della sovranità nazionale, ha riguardato le "private military companies" chiamate a svolgere compiti di vario genere, di logistica delle forze armate, di addestramento delle reclute, di aggiornamento dei veterani, oltre che di partecipazione ad operazioni belliche.

È stato calcolato che negli ultimi quindici anni i dipendenti di società private specializzate in interventi militari, nel mondo, sia decuplicato, passando da 30 mila a 300 mila, mentre i militari appartenenti ad eserciti regolari sono passati da 30 a 20 milioni.

I privati che svolgono per conto di Stati attività militari perseguono un proprio interesse, anche se sono incaricati, sulla base di

(24) S. Cassese, *La nuova costituzione economica. Lezioni*, Bari, Laterza, 2007, p. 291.

rapporti contrattuali con gli Stati, di una delle più importanti funzioni pubbliche. Appartengono alla stessa nazionalità o ad altre nazionalità, diverse da quella dello Stato belligerante (vi può, quindi, essere una separazione dell'azione militare di uno Stato dalla nazionalità di chi usa la forza). Sono impegnati in operazioni domestiche o all'estero. Non sono soggetti al regime disciplinare dei militari regolari, non godono di immunità dalle giurisdizioni. In guerra sono trattati per lo più come mercenari, non come prigionieri di guerra (25).

Infine, le forme di "public-private partnerships" comportano la cooperazione a lungo termine tra settore pubblico e settore privato per l'espletamento di compiti pubblici, con risorse in gestione congiunta e rischi condivisi.

Questa forma di riduzione della sfera pubblica è stata utilizzata tanto diffusamente che l'Unione europea se ne è interessata, distinguendo le forme contrattuali e quelle istituzionalizzate, a condizione che risponda ai seguenti requisiti: lunga durata, finanziamento assicurato dai privati, partecipazione dei privati alle varie fasi del progetto, ripartizione dei rischi (26).

Tutte queste forme di riduzione della sfera pubblica pongono non pochi problemi. Il primo di questi riguarda la legittimità della scelta: chi deve decidere se privatizzare, de-regolare, esternalizzare, ricorrere alla collaborazione di privati per lo svolgimento di funzioni e compiti pubblici? Può essere stabilito un limite per le funzioni non delegabili, le cosiddette "core tasks" (come, ad esempio, fatto negli Stati Uniti con la circolare A-76 e nel Regno Unito dal "De-regulation and Contracting-out Act" del 1994 (27))? O è meglio stabilire criteri generali (come quelli della eccezionalità, della assenza di strutture interne, della carenza di personale) e requisiti

(25) C. Tomuschat, *In the Twilight Zones of the State*, in J. Buffard - J. Crawford - A. Pellets - S. Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, 2008, Koninklijke Brill, p. 479.

(26) Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30.4.2004 Com (2004) 327 definitivo; risoluzione del Parlamento europeo 16.10.2006.

(27) E. D'Alterio, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2008, p. 1018, nota 187.

procedurali (come quello di una previa valutazione dei costi e dei benefici)?

Il secondo ordine di problemi riguarda la scelta dei privati che beneficiano delle scelte pubbliche: ad esempio, per la vendita di imprese pubbliche o la scelta dei contraenti privati, va fatta una gara, in modo da assicurare il rispetto della concorrenza? E, una volta affidato a privati il servizio, come garantire che non si crei una struttura oligopolistica del mercato (basti l'esempio della "Correctional Corporation of America", che gestisce più di ventuno carceri, con oltre seimila detenuti negli Stati Uniti, ed ha numerosi contratti anche nel Regno Unito e in Australia)?

Il terzo ordine di problemi riguarda le difficoltà di controllo. Le imprese privatizzate debbono restare completamente libere o vanno sottoposte almeno ad autorità di settore, come quella "antitrust"? E il "third party government", aggiungendo un ulteriore "layer", non aumenta le distanze dal governo ([28]), rendendo difficile l'applicazione dei principi essenziali del diritto amministrativo?

Più in generale, la costituzione di un'area privata accanto all'amministrazione, non produce un paradosso, quello di una "quasi-amministrazione", sottratta alle regole di base del diritto amministrativo (trasparenza, obbligo di motivazione, proporzionalità, partecipazione al procedimento, riesame giurisdizionale delle decisioni)? D'altra parte, se parti di amministrazione vengono interamente o parzialmente privatizzate, non è proprio allo scopo di sottrarle ai limiti propri della burocrazia, di evitare vincoli di bilancio e di personale, di permettere un'azione più rapida ed efficace?

Infine, da molte privatizzazioni derivano carichi finanziari pubblici. Questi spostano sul Tesoro le responsabilità. Non sarà più lo Stato-gestore, ma lo Stato-finanziatore a doversi preoccupare delle attività privatizzate.

Tutti questi cambiamenti — spesso presentati con formule suggestive, quali "hollowing - out the State" o "withering the State" — presentano due fondamentali ambiguità. Da un lato, si presentano come una riduzione della sfera pubblica. Ma, attraverso di essi,

---

([28]) D. G. Frederickson and H. G. Frederickson, *Measuring the Performance of the Hollow State*, Washington, D.C., Georgetown Univ. Press, 2007, p. 181.

spesso la mano pubblica riesce ad andare oltre, anche là dove essa prima non arrivava. Quindi, si può dire che essi rappresentano un arretramento, o non si deve riconoscere che essi sono piuttosto un avanzamento dello Stato?

Dall'altro, con questi cambiamenti, lo Stato si spoglia della veste pubblica, riduce l'area della sua sovranità. Però, ciò avviene negli interstizi, non tocca le complessive funzioni statali (per esempio, il "contracting-out" di funzioni relative alla difesa riguarda attività limitate, marginali, rispetto agli eserciti regolari). Ed avviene per una auto-limitazione dei governi nazionali, che rappresenta essa stessa un esercizio di sovranità statale, per di più rafforzata dalla circostanza che, nel trasferire a privati propri compiti, lo Stato è costretto a costruire un "public law framework".

Queste ambiguità sono accentuate dagli ultimi eventi economici (crisi finanziaria iniziata nel 2008), che hanno portato a una notevole riespansione della mano pubblica, con il salvataggio di banche, nelle quali i governi hanno acquisito, sia pur temporaneamente, il ruolo di azionisti, con un aumento della spesa pubblica (che condurrà ad un aumento dei deficit e a un necessario successivo aumento del peso fiscale dello Stato) e con un incremento degli interventi sociali, a sostegno dell'occupazione.

Dunque, il moto pendolare del diritto amministrativo tra pubblico e privato sembra non fermarsi: espansione, riduzione, riespansione dell'area pubblica. Ma nessuno di questi moti comprende l'intera amministrazione. Vi sono strati che rimangono stabili e strati che vengono mutati solo parzialmente. Difficile l'opera dello studioso, che deve continuamente seguire questo moto, tener conto delle parti in movimento e di quelle stabili, e contemporaneamente costruire il suo diritto a sistema.

9. c. *Statale e universale.*

Il diritto amministrativo è nato come involucro statale ("Seit dem bürgerlichen Rechtsstaat, also etwa seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, ist die Verwaltung eine rechtlich geregelt Staatstätigkeit", secondo il maggiore studioso tedesco della generazione di

mezzo, Ernst Forsthoff ([29])). Inizialmente, era inconcepibile una sua diffusione fuori dello Stato. Degli istituti del diritto civile si ammetteva la trasferibilità, non di quelli del diritto amministrativo.

Dopo due secoli di storia, invece, uno degli aspetti più importanti del nostro diritto è costituito dalla sua forza espansiva: suoi istituti si trovano applicati in ambiti non statali. Il diritto amministrativo, una volta proprio della zona chiusa nelle mura dello Stato, si applica ora anche tra gli Stati e al di là degli Stati. È un vero diritto dell'umanità.

Questo processo va di pari passo con la perdita di centralità dello Stato ([30]), con lo sviluppo di forme di statalità aperta ("offene Staatlichkeit", "open statehood" ([31])) e con il progresso della globalizzazione giuridica (grazie alla quale gli Stati hanno ceduto quote di sovranità a istituzioni regionali e globali, ma hanno acquisito allo stesso tempo nuovi campi per promuovere la competizione tra nazioni ([32])).

Questa forza "colonizzatrice" del diritto amministrativo si riscontra nell'ambito sia dei moduli organizzativi, sia delle regole di azione.

Per quanto riguarda i moduli organizzativi, lo spazio ultrastatale ha carattere composito o plurale, nel senso che è costituito di elementi eterogenei, statali e sovrastatali, intergovernativi e interamministrativi, spesso costituiti in cerchi concentrici. È, quindi, naturale che in tale spazio si sia fatto ricorso a due figure organizzative statali che rappresentano forme di integrazione, quella della supremazia e quella dell'"indirect rule".

La prima è stata utilizzata nell'ambito degli Stati-nazione come sistema di integrazione di comunità minori (regioni, province, co-

---

([29]) E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, VI ed., I Band, München-Berlin, C. H. Beck Verlag, 1956, p. 2 (da quando c'è uno Stato borghese, e cioè dalla metà del secolo scorso, l'amministrazione è un'attività dello Stato regolata dal diritto).

([30]) Che è, invece, ancora al centro di una delle più importanti e ponderose opere della cultura pubblicistica germanica, l'*Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, curato da J. Isensee e P. Kirchhof, in sette tomi (Heidelberg, Müller, 1987).

([31]) K. VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr, 1964, p. 35.

([32]) V. CABLE, *The Diminished Nation-State: a Study in the Loss of Economic Power*, in *Daedalus*, 1995, Spring, vol. 124, n. 2, p. 23.

muni, ma anche corpi professionali). Nella formula della supremazia, gli ordinamenti minori vengono espropriati del proprio potere statutario dagli ordinamenti maggiori. Questo modulo organizzativo ha trovato applicazione nella Unione europea, dove il diritto comunitario si è affermato come "higher law" rispetto ai diversi diritti nazionali.

L'"indirect rule", che ha trovato applicazione in ordinamenti compositi di tipo multi-statale, come l'impero asburgico e quello inglese, assicura l'integrazione delle periferie mediante sottomissione del solo vertice: un nuovo assetto costituzionale, i gradi alti dell'esercito, alcune norme essenziali sono imposti alla periferia, che, per il resto, osserva propri codici, ha un proprio regime di proprietà e di famiglia, conserva sue autorità locali. Accorgimenti analoghi vengono adoperati nell'area ultrastatale e globale, per consentire l'integrazione di ordini giuridici "inferiori" in quelli "superiori".

L'espansione del diritto amministrativo oltre lo Stato è ancor maggiore per quanto riguarda le regole di azione. Nello spazio globale hanno trovato rapida applicazione principi propri del "rule of law", come quelli di trasparenza, di partecipazione, di obbligo di motivazione, di riesame giurisdizionale.

Oltre lo Stato, infine, il diritto amministrativo non ha solo conquistato l'area pubblica, ma si è esteso anche a quella privata. Principi del procedimento amministrativo si applicano anche ad istituzioni private come l'"Internet Corporation for Assigned Names and Numbers" - Icann, che governa Internet a livello globale, ma è una "non profit corporation" californiana. Ecco un altro esempio di amministrativizzazione del diritto privato. In presenza di questa espansione, non può dirsi, come si faceva tradizionalmente, che il diritto amministrativo è il diritto applicabile all'amministrazione (33), perché esso è andato oltre, si applica anche al di là dell'amministrazione pubblica in senso stretto.

La forza "colonizzatrice" del diritto amministrativo si è rivelata maggiore di quella del diritto costituzionale. Basta confrontare il rapido attecchimento dei principi sopra illustrati con le difficoltà con le quali devono combattere i diritti umani, nonostante che

(33) Jean-Marie Pontier, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, in *Ajda*, 23 octobre 2006, p. 1937.

questi ultimi, a differenza dei primi, siano solennemente elencati in più di una convenzione internazionale. La ragione della diversa diffusione sta nelle maggiori difficoltà che incontrano i principi costituzionali, più legati alla sovranità dello Stato e al potere dei governi, rispetto ai principi amministrativi.

Anche questo sviluppo nasconde non poche ambiguità. Una riguarda la natura stessa degli istituti del diritto amministrativo, quando vengono de-contestualizzati. Una volta che la partecipazione del privato nel procedimento o la "judicial review" sono trasportate in un ambito diverso da quello statale, può ancora dirsi che svolgano la stessa funzione? Ad esempio, nello spazio globale, vi è spesso l'obbligo di udire, prima di decidere, sia privati, sia governi nazionali. Per questi ultimi, la partecipazione ha lo stesso valore che per i privati? Il valore dell'indipendenza dei funzionari ha lo stesso significato nell'ambito statale (dove riguarda la neutralità rispetto a interessi economici e sociali) e in quello globale (dove attiene anche alla neutralità rispetto ai governi nazionali)?

Un'altra ambiguità deriva dalle doppie qualificazioni. Ad esempio, la nozione stessa di pubblica amministrazione subisce un "dédoublement". La nozione interna e quella esterna si scindono. Se la prima può rispondere a criteri nazionali e, di regola formali, la seconda deve ricorrere a criteri sostanziali. In presenza, infatti, di più ordini nazionali diversi, a livello superiore va stabilito un comune denominatore.

Dunque, il diritto amministrativo è elemento costitutivo sia degli Stati, sia degli ordini superiori agli Stati, dove invade anche istituzioni formalmente private. Ma, mentre si espandono, gli istituti propri del nostro diritto o perdono le loro caratteristiche iniziali, oppure si sdoppiano, per prestarsi al duplice uso, all'interno degli Stati e al di là di essi. Lo studioso dovrà, quindi, combattere con diverse forme di polisemia giuridica, se vorrà comprendere appieno queste nuove realtà.

10. d. *Nazionale e transnazionale.*

Gli ordini nazionali, tradizionalmente chiusi l'uno all'altro, non solo sono divenuti permeabili rispetto ad ordini più vasti (europeo, globale), ma sono anche divenuti reciprocamente porosi, consen-

tendo scambi, trapianti, importazioni ed esportazioni, imitazioni, adattamenti reciproci, convergenze, interpenetrazioni, sviluppi paralleli, dialogo, apprendimento comune.

Di questa nuova situazione è testimonianza la formazione di un corpo di istituti comuni, dei quali si è già detto: il principio (in taluni casi, il diritto) della buona amministrazione, comprendente trasparenza, partecipazione, obbligo di motivazione, diritto al giudice; l'articolazione del centro in agenzie e autorità di regolazione indipendenti o dotate di semi-indipendenza; l'articolazione della periferia in regioni, comunità autonome, territori ("Länder"); le esternalizzazioni; gli istituti chiamati a dare alle decisioni amministrative una legittimazione diretta (le inchieste pubbliche, le consultazioni).

Se, tuttavia, si trovano sempre più istituti somiglianti in ordini nazionali diversi, si può dire che essi siano simili? C'è chi è affascinato dai trapianti, dalle similitudini, dalle convergenze. C'è chi — all'opposto — afferma che la superficie dissimula le differenze, che è sbagliato idealizzare gli elementi comuni, che l'essenziale sono le differenze, che bisogna abbandonare la presunzione delle somiglianze, che generalizzare è sopprimere l'originalità del dettaglio, della differenza (34).

Nessuno dei due punti di vista convince. Sia perché l'analisi non può essere svolta all'ingrosso, ma sui singoli istituti. Sia perché frequentemente le cose sono più complicate di quanto si descrive.

Vi sono principi organizzativi soggiacenti a ogni aggregato umano, strutture elementari che rispondono ad esigenze funzionali comuni (ad esempio, accentramento di taluni poteri per il governo di vasti territori; delegazione di certe funzioni, per rispettare autonomie locali o funzionali; coinvolgimento di collettività per assicurarsi il loro consenso). Questi principii si radicano e crescono in modo diverso in contesti diversi. Vengono poi trapiantati in altri ordini giuridici, dove trovano un diverso contesto, cioè entrano in contatto con strutture elementari di base nuove, e, quindi, hanno sviluppi diversi. Questo incrocio di uniformità, prodotta dalla dif-

---

(34) P. LEGRAND, *European Legal Systems Are Not Converging*, in *Intl. and Comp. Law Quarterly*, n. 1, 1996, p. 52; P. LEGRAND, *Comparer*, in *Revue int. dr. comparé*, n. 2, 1996, p. 279.

fusione degli stessi istituti, e diversità, dovuta ai diversi contesti, produce risultati differenti.

Dunque, se vi sono trapianti, questo vuol dire che i sistemi amministrativi possono integrare elementi estranei. Ma se il contesto, l'ambiente giuridico, muta l'istituto trapiantato, ciò vuol dire che esso non può sopravvivere immutato al cambiamento del contesto: c'è un adattamento, un addomesticamento.

Gli studi sulla storia diffusiva degli istituti amministrativi, quali il prefetto francese o l'"Ombudsman" scandinavo, mostrano che la trans-nazionalizzazione dei diritti amministrativi avviene in forme diverse secondo i singoli istituti e con processi complicati, quale — ad esempio — quello ora descritto, perché prevalente (ma non esclusivo).

Si aggiunga che una parte del fenomeno riguarda non il diritto amministrativo, ma la sua scienza: ad esempio, la teoria dei diritti pubblici subbiettivi, sviluppata in Germania nel corso del XIX secolo e diffusasi successivamente in altri Paesi, come Italia e Spagna. Si tratta, in questi casi, di prestiti di teorie, che non mancano di avere conseguenze non solo sulle culture che le ricevono, ma anche, attraverso di esse, sugli istituti.

Per concludere, anche il rapporto tra i sistemi amministrativi e i relativi diritti nazionali mostra un paradosso. I diritti sono sempre meno soltanto nazionali, si trans-nazionalizzano, acquistano caratteri comuni. Ma la comunanza è solo parziale, perché sono diversi gli ambienti. I diritti amministrativi, catturati da altri diritti, finiscono per catturare, a loro volta, questi ultimi. Lo studioso avrà l'impressione di studiare lo stesso istituto, ma dovrà convincersi delle differenze, che derivano in maggioranza dall'ambiente, dal sistema giuridico che l'ha ricevuto.

11. *Per una nuova integrazione.*

Siamo giunti alla fine di questo percorso. Resta da "tirare la morale" dell'analisi, riprendendo il discorso da dove lo si è cominciato, dalla scienza giuridico-amministrativa.

L'analisi — per quanto rapida — ha consentito di porre in luce quattro paradossi della storia del diritto amministrativo e quattro paradossi della sua situazione presente.

Il diritto amministrativo ha una vita breve, ma è cresciuto molto e rapidamente. Si presenta come strumento di autorità e di libertà, come mezzo di cura di interessi statali e di interessi collettivi. Prima è più stabile del diritto costituzionale, poi va di pari passo con esso, infine lo sopravanza. Prima vive in un mondo separato dal diritto civile, poi lo invade, infine ne è invaso. Nel corso del suo sviluppo, viene studiato in modo sempre più comprensivo; ma ancora oggi è inteso e studiato in modo diverso, nonostante che abbia un corpo di principi e istituti comuni.

Al suo centro vi sono quattro contraddizioni. La legge sottopone al suo comando un'amministrazione che inesorabilmente le sfugge; per cui si cercano ulteriori modi per costringere l'amministrazione al rispetto del diritto. L'area pubblica si espande, poi si contrae, infine si riespande, sotto la pressione di pubblicizzazioni e privatizzazioni. Nato statale, il diritto amministrativo si universalizza e viene applicato anche a istituzioni private, ma ciò cambia la funzione dei suoi istituti, che divengono, quindi, diversi. Da un ambito statale, si trasferisce in altri Stati: così cattura altri ordini giuridici, ma è catturato a sua volta da questi ultimi, che lo rinazionalizzano.

Se questi sono i grandi paradossi e i grandi temi del diritto amministrativo che intorno ad essi si ordinano, la relativa scienza è stata all'altezza del suo compito?

Essa si è dedicata troppo al tempo breve ([35]), alle superfici evidenti, agli eventi minuti e "locali", ai piccoli fatti. Ha perso di vista i punti essenziali della sua stessa disciplina, le grandi tendenze, le strutture profonde soggiacenti alle istituzioni. Non ha prestato attenzione alle regole del cambiamento.

La legge, la sentenza, gli stessi orientamenti giurisprudenziali, fanno parte del tempo breve, che è il più capriccioso e ingannevole. Bisogna saperlo indagare, ma bisogna anche sapersene distaccare,

---

([35]) Per questo concetto mi sono ispirato al famoso scritto di F. BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales. La longue durée*, in *Annales E.S.C.*, 1958, oct.-déc., p. 725, tradotto in italiano nel n. 1, gennaio 1966 dei *Quaderni storici delle Marche*, p. 5. Si legga anche la valutazione di questo saggio programmatico compiuta da M. AYMARD, *La "lunga durata": e la storia batté l'antropologia*, in *Vita e pensiero*, 2009, n. 3, p. 79.

guardando al tempo lungo, che è dominato dalle strutture organizzative, dalle logiche degli interessi, da rapporti stabili.

Lo studio del tempo lungo richiede un cambiamento di stile e di atteggiamenti, un rovesciamento di mentalità, una diversa concezione dei fenomeni amministrativi. Se l'epoca nostra è dominata dalla de-statalizzazione del diritto amministrativo, dalla sua diffusione universale, dalla sua commistione con il diritto privato, dalla tensione politica-amministrazione, sarebbe erroneo continuare a studiare il diritto amministrativo solo su base nazionale, solo in modo settoriale, senza contaminazioni.

In particolare, è essenziale cessare di discutere tanto sui rispettivi confini delle diverse scienze sociali e storiche, delle quali lo studio del diritto fa parte. Occorre che ciascun cultore presti attenzione alle altre discipline, senza rispettare barriere e differenze. Occorre, quindi, una duplice integrazione, negli altri rami del diritto e nelle altre scienze sociali (l'economia, la scienza politica, le sociologia).

Bibliografia

1. Sulle trasformazioni del diritto amministrativo in generale, M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997; Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano — Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *Ajda*, 20 novembre 2001, pp. 912-926; Oriol Mir Puigpelat, *El concepto de derecho administrativo desde una perspective linguistica y constitucional*, in *Revista de Administracion Publica*, vol. 162, septiembre-diciembre 2003, pp. 47-87; Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, in *New York University Law Review*, vol. 78, n. 2, May 2003, pp. 437-460; tr. it. *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2004, pp. 1-29; Pierre Van Ommeslaghe, *Le droit public existe-t-il?*, in *Revue de la Faculté de droit*, Université Libre de Bruxelles, vol. 33, 2006-1; Paul Martens, *Que reste-t-il du droit administratif?*, in *Administration Publique*, n. 1, 2006, pp. 1-6; Jean-Marie Pontier, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, in *Ajda*, 23 octobre 2006, pp. 1937-1940; Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft*, in *Juristen Zeitung*, n. 13, 6 Juli 2007, pp. 645-696; M. Ruffert (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, München, Sellier, 2007; Jacques Caillosse, *La Constitution imaginaire de l'administration. Recherche sur la politique du droit administratif*, Paris, PUF, 2008; Vasco Pereira da Silva, *Eine Reise durch das*

Europa des Verwaltungsrechts, s.d. ma 2006; tr. franc. *« En Route! » Un nouveau voyage à travers l'Europe du droit administratif*, s.d. ma 2008; PETER M. HUBER, *Die Demontage des Öffentlichen Rechts*, in W. KLUTH-M. MÜLLER-A. PEILERT (hrsg.), "*Wirtschaft-Verwaltung-Recht". Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburstag am 11.* Juni 2008, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, pp. 547-556; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN-STÉPHANIE DAGRON, *Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand*, in *Revue française d'administration publique*, n. 127, 2008, pp. 525-541; NELLY SUDRES, *Le droit administratif français après le traité de Lisbonne*, in *Droit administratif*, décembre 2008, pp. 17-27; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Droit administratif et justice administrative. Permanence et renouveau*, in *Revue française d'administration publique*, mai-juin 2008, pp. 438-447.

2. Sui trapianti, JAMES Q. WHITMAN, *Western Legal Imperialism: Thinking about the Deep Historical Roots*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10, n. 2, July 2009, pp. 305-332; MICHELE GRAZIADEI, *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10, n. 2, July 2009, pp. 723-743; JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *The Concept of Law: a Western Transplant?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10, n. 2, July 2009, pp. 333-354.

3. Sulla convergenza dei diritti amministrativi in Europa, JEAN RIVERO, *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in A. DE LAUBADÈRE-A. MATHIOT-J. RIVERO-G. VEDEL, *Pages de doctrine*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 459-473; ID., *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in *Livre du centenaire de la Societé de Législation Comparée*, Paris, 1969, I, p. 199 ss.; JOHN S. BELL, *Convergences and Divergences in European Administrative Law*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 1992, pp. 3-22; PIERRE LEGRAND, *European Legal Systems Are Not Converging*, in *Intl. and Comp. Law Quarterly*, n. 1, 1996, pp. 52-81; PIERRE LEGRAND, *Comparer*, in *Revue int. dr. comparé*, n. 2, 1996, pp. 279-318; ROBERTO CARANTA, *Learning from our Neighbours: Public Law Remedies Homogenization From Bottom up*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, n. 3, 1997, pp. 220-247; CLAUS DIETER CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine vergleichende Untersuchung zum deutsche, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1995, pp. 300; JÜRGEN SCHWARZE, *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Baden-Baden, Nomos, 1996; JOHN S. BELL, *Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON and T. TRIDIMAS (eds), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, 1998, pp. 149-151; JÜRGEN SCHWARZE, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in *European Public Law*, vol. 4, Issue 2, 1998, pp. 191 ss.

LO STATO PRESENTE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO (*)

1. Il diritto amministrativo in senso oggettivo: un diritto dell'intera società. — 2. Un diritto consacrato dalle norme, ma non ordinato dal legislatore. — 3. Un diritto binomio. — 4. La condizione intellettuale: le tradizioni perdute. — 5. La crisi dell'unità del diritto pubblico. — 6. Instabilità istituzionale e provvisorietà sistematiche. — 7. Anni di sperimentazione: progressi ed esigenze insoddisfatte.

1. *Il diritto amministrativo in senso oggettivo: un diritto dell'intera società.*

Con l'espressione "diritto amministrativo" si indica correntemente sia il complesso degli istituti, delle norme e della giurisprudenza di questo ramo del diritto, sia lo studio che se ne fa (secondo la terminologia diffusa sul continente europeo, ma non nella cultura anglosassone, la scienza del diritto amministrativo).

In molti Paesi, "diritto amministrativo", nel senso di diritto vigente, e "diritto amministrativo", nel senso della relativa disciplina scientifica, fanno tutt'uno, nel senso che il primo vive non solo nella sua concreta applicazione, ma anche nei termini in cui è interpretato dai suoi cultori.

Poiché ciò si verifica nel nostro ordinamento, questo scritto sarà dedicato ad illustrare lo stato presente del diritto amministrativo in ambedue le accezioni e sarà diviso in due parti, una dedicata alla prima, l'altra alla seconda accezione.

Il diritto amministrativo in senso oggettivo, nei due secoli della

---

(*) Le parti principali di questo testo sono state utilizzate per tenere la lezione introduttiva al Master in Diritto amministrativo e scienze amministrative, Facoltà di giurisprudenza, Roma, Università RomaTre, 22 gennaio 2010 e successivamente quale relazione al convegno italo-spagnolo di diritto amministrativo (Bologna, 29 maggio 2010).

sua storia, si è venuto configurando come un diritto dell'intera società; come un diritto consacrato in norme, ma non ordinato dal legislatore; come un diritto binomio, composto di una parte "dura" e di un'altra a normatività debole. Provo ad illustrare questi tre caratteri.

Comincio con il "misurare" l'estensione del diritto amministrativo. Un "codice" particolarmente accurato delle leggi amministrative, quale il Sandulli - Aliberti (1), una raccolta ricca di circa 8500 pagine, ha circa 2500 "voci" principali, più 5000 "sottovoci". Una "Guida normativa" di largo uso negli enti locali (2), che consta di circa 2500 pagine, ha circa 3100 "voci": le grandi "materie" di queste raccolte ed esposizioni sono l'amministrazione statale, quella locale, quella parastatale, i beni pubblici, la finanza e i contratti amministrativi, il personale pubblico, la previdenza e l'assistenza, lo stato civile, l'ordine e la sicurezza, i culti, la sanità e l'igiene, la tutela dell'ambiente, i lavori pubblici, l'edilizia e l'urbanistica, le espropriazioni, la difesa, gli affari esteri, la giustizia amministrativa.

Ma, per misurare con precisione l'estensione acquisita dal diritto amministrativo, non basta fermarsi sulle grandi partizioni, occorre anche esaminare da vicino le diverse discipline. Se si fa ciò, si nota che esse si estendono alle gallerie d'arte e alle gare sportive, alla fluitazione e al libertinaggio, alle puericultrici e ai lebbrosi, all'accensione di razzi e all'abbruciamento delle stoppie, alle feste nazionali e ai barbieri e parrucchieri, alle sostanze psicotrope e all'alimentazione degli animali, agli spedizionieri e ai suonatori girovaghi, ai tronchi all'interno degli abitati e ai giocattoli, alla nascita a bordo di aereo o nave e all'estumulazione, all'uso della bandiera nazionale e alle tettarelle e ai tiralatte, alle bande musicali e alle servitù di scolo delle acque, ai pubblici proclami e all'accensione di fuochi nei luoghi abitati, ai viaggi gratuiti degli indigenti, alle piantagioni e alle acque jemali.

Chi legga i grandi testi unici del passato (quello delle leggi di pubblica sicurezza, quello sulle acque e gli impianti elettrici, quello delle leggi sanitarie), o quegli ammassi informi di norme di oggi che

---

(1) A.M. SANDULLI, *Codice della legislazione amministrativa*, Roma, Stamperia nazionale, s. d. (ma 1979), 3 voll.

(2) *Agenda dei comuni. Guida normativa*, Bologna, Caparrini (esce annualmente).

si chiamano leggi finanziarie (presto sostituite dalle leggi di stabilità), o le leggi chiamate comunitarie, si rende conto che non c'è campo dell'attività umana che sfugga alla regolazione amministrativa, e non solo per quanto attiene ai rapporti con le pubbliche amministrazioni.

Quindi, è sbagliato affermare — come si fa di frequente — che il diritto amministrativo è la branca del diritto relativa alla pubblica amministrazione. Quest'ultima, pur giocando un ruolo importante in questo settore, non vi è sempre presente. Numerosissime sono le discipline amministrative dirette ai consociati, non sempre e necessariamente intermediate da amministrazioni pubbliche. Queste dovrebbero avere un'estensione vastissima per presidiare normalmente ogni più piccolo angolo di quelle discipline.

Insomma, il diritto amministrativo ha una estensione vastissima, non paragonabile ad alcuna altra branca del diritto ("nessuna delle discipline giuridiche investe di sé tanta parte del mondo moderno come il diritto amministrativo", osservava già nel 1897 Vittorio Emanuele Orlando (3)). Esso segue le pubbliche amministrazioni e la vita sociale, è il diritto della società organizzata. Per il diritto amministrativo potrebbe ripetersi quello che ha scritto Paolo Grossi di recente, in termini generali: esso è l'"ordinamento plastico del magma sociale" (4).

2. *Un diritto consacrato dalle norme, ma non ordinato dal legislatore.*

Questa vastissima disciplina di quasi ogni aspetto del vivere civile è consacrata in norme, siano esse legislative, siano esse regolamentari. Il diritto amministrativo è, quindi, un diritto legificato (o, meglio, normativamente regolato).

Ma questo è vero solo dal punto di vista di una concezione statica o formale della divisione dei poteri. In realtà, il diritto amministrativo discende in larghissima misura dal potere legiferante o normante della burocrazia e della società stessa. Sotto la pressione

(3) V.E. Orlando, *Prefazione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, I, Milano, Società editrice libraria, 1897, p. XIII.

(4) P. Grossi, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, n. 32, vol. II, p. 1899 ss.

di esigenze, per effetto di eventi, a causa di culture e punti di vista, si formano progetti di norme, che trovano nei Parlamenti e nei governi organi di registrazione o di ratifica. Ogni volta che la società ha bisogno di stabilire "standards", regole di condotta, linee guida, o che le burocrazie alle quali sono affidati certi settori riscontrano zone vuote di norme, a Parlamenti e governi pervengono richieste di svolgere una funzione che, per un verso, rispetto all'autore della proposta, è notarile; per altro verso, rispetto ai consociati, è di legittimazione. È così che nasce e si sviluppa il diritto amministrativo, non per atto del Principe. In esso "i fatti regolano le norme, più di quanto le norme regolino i fatti" (5).

Il fenomeno era ben presente già nel XIX secolo al costituzionalista inglese Albert Venn Dicey, il quale, nelle sue lezioni di Harvard, poi pubblicate con il titolo *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion* (6), riconobbe il ruolo importante della *public opinion* e il suo legame con la *law-making opinion* (o *legislative opinion*).

Dunque, il "legislatore" (il Parlamento e il governo) è formalmente il *dominus* del diritto amministrativo. Ma, sostanzialmente, questo sfugge ad esso ed è invece legato alla potenza legiferatrice della società stessa e della burocrazia.

Il fenomeno si è accentuato negli ultimi decenni a causa dello sviluppo di norme comunitarie. Queste non solo provengono da un ordine giuridico superiore, ma sono anche ispirate da bisogni, regole, eventi produttivi di norme, nati in altre società, ma che si impongono ad un campo più vasto.

3. *Un diritto binomio.*

Infine il diritto amministrativo è ormai divenuto un diritto binomio, composto di una parte "dura" e di un'altra a normatività debole.

La prima parte è quella più nota, composta del diritto ammini-

(5) R. Caponi, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2009, n. 1, p. 163.

(6) Lezioni tenute nel 1897-1898. Il volume, edito a Londra da MacMillan nel 1905, è stato riedito nel 1962 (si veda spec. p. 399 della riedizione).

strativo inteso come "macchina dell'obbedienza". Ne fanno parte il sistema amministrativo-fiscale, l'ordinamento della pubblica sicurezza, il sistema dei limiti alla proprietà privata.

Meno nota è la seconda parte, composta di norme di tipo convenzionale, che non impongono ottemperanza, ma richiedono soltanto adempimento. Sono le prescrizioni di ogni società ben ordinata, quelle che richiedono di tenere le zone cemeteriali fuori dei centri abitati, che dispongono norme di sicurezza per l'uso di energia elettrica e del gas, dettano le regole sanitarie.

Questa parte del diritto amministrativo è composta di quelle che gli studiosi di *Law and Economics* chiamano *social norms*, in cui sono presenti le istituzioni formali della società e quelle informali, e il loro rispetto è dovuto sia all'azione di vincoli giuridici, sia all'azione diretta della società (7).

Dunque, il diritto amministrativo è composto di un nucleo duro, intorno al quale sono disposte parti la cui osservanza è fondata su regole di convenienza sociale, piuttosto che su comandi.

A dimostrazione di questa differenza, basta notare la enorme diversità di estensione tra il diritto amministrativo oggetto di norme e quello portato all'esame dei giudici. Il primo, molto più ampio, è il diritto del quotidiano, non dà luogo se non raramente a conflitti. Potremmo chiamarlo diritto "pacificato". Proprio per questo attira di meno l'attenzione degli studiosi. Il secondo, molto più limitato, è quello conflittuale, che richiede la mediazione giudiziaria. Proprio per questo, richiama maggiormente l'interesse del mondo degli studi (specialmente là dove questo è composto in larga misura da avvocati).

Per rendersi conto di questo divario, basta mettere a confronto — con le dovute cautele suggerite dalla diversità di criteri seguiti — le circa 5.000 "sottovoci" della raccolta normativa prima citata e le circa 3.100 "voci" della guida normativa, con le meno di 900 "voci" di una raccolta annuale di giurisprudenza amministrativa (8).

Da questo forte divario discende anche lo strabismo del diritto

---

(7) A.N. Licht, *Social Norms and the Law: Why Peoples Obey the Law*, in 14 *The Review of Law and Economics* (2008), p. 715.

(8) Il calcolo è stato fatto su annate recenti della rivista *Giurisdizione amministrativa*.

amministrativo, per un lato attento al rapporto autorità-libertà e ai conflitti (specialmente giudiziari) che vi sono connessi; per altro interessato alla vita sociale che si organizza, e ai corpi e alle società intermedie che sviluppano il proprio potere ordinatorio (basti pensare alle organizzazioni professionali e ai sindacati).

4. *La condizione intellettuale: le tradizioni perdute.*

Passo ora ad esaminare lo stato presente della riflessione giuridica nel settore. Questa è caratterizzata dalla perdita di almeno tre delle maggiori tradizioni culturali dei due secoli precedenti; dalla crisi dell'unità del diritto pubblico; dalla provvisorietà indotta dalla instabilità delle istituzioni stesse.

Nel corso dei due secoli della sua vita, la riflessione giuridica nel campo del diritto amministrativo si è fondata, in Italia, su tre elementi fondamentali: la tradizione romanistica, la cultura germanica, il ruolo svolto da alcuni grandi maestri, che hanno orientato l'intero settore disciplinare.

La romanistica è stato un enorme cantiere nel quale quasi ogni disciplina, ma specialmente quelle di più recente nascita (come il diritto amministrativo), ha trovato i materiali di costruzione delle relative scienze. La grammatica del diritto amministrativo è stata fornita dal diritto romano (sia quello antico, sia quello della rinascita, costituito dalla reinterpretazione pandettistica). Questo ha operato come forza ordinante. Come osservato, in termini generali, da Carl Schmitt, scrivendo durante il secondo conflitto mondiale, "il diritto romano è diventato un vocabolario comune, la lingua della comunità della scienza giuridica, il riconosciuto modello del lavoro concettuale giuridico" (9).

Ricordo che alcuni dei maggiori studiosi del diritto amministrativo provenivano da studi di diritto romano (in Italia, Oreste Ranelletti; nell'area germanica, Paul Laband, Otto Mayer, Rudolf von Gneist) e che, comunque, tutti gli studiosi e i professori avevano nel loro bagaglio culturale solidi studi romanistici.

Anche per la scienza del diritto amministrativo si può ripetere

(9) C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* (1943), tr. it., s.l. (ma Roma), Pellicani, 1996, p. 47.

quanto scritto da Carl Schmitt sulla scienza giuridica moderna in generale, che il suo padre è il rinato diritto romano, la madre la chiesa di Roma; la figlia si separò dalla madre e scelse di stare con il padre; cercò una nuova casa e la trovò nello Stato (10).

Dobbiamo a Goethe la famosa metafora del diritto romano come un'anatra: "istituzione intramontabile, la quale, simile a un'anatra che si immerge nell'acqua, di tanto in tanto scompare, ma non va mai interamente perduta e prima o poi riemerge in tutta la sua vitalità" (11). Ora, nell'ultimo quarto di secolo, l'anatra non è più riapparsa.

Questa è una non piccola responsabilità degli studi romanistici, specialmente di quelli italiani, dove vi è la maggiore concentrazione mondiale di cultori della materia, ma la scienza è divenuta impenetrabile, perché ha perduto di vista l'esigenza storicistica propria dell'epoca moderna.

Lasciata senza la guida concettuale della cultura di origine romanistica, la scienza del diritto amministrativo ha cominciato a ondeggiare, ed è divenuta persino insicura nell'uso dei concetti e dei termini di base: situazione giuridica soggettiva e posizione giuridica vengono spesso confuse; non vengono tenuti distinti "status" e capacità; si usa obbligo per obbligazione.

In secondo luogo, la cultura giuridica italiana, dopo il felice esordio romagnosiano, ha avuto la propria rinascita ad opera di Vittorio Emanuele Orlando, e, successivamente, di Santi Romano, di Federico Cammeo e di Oreste Ranelletti. Ora, tutti costoro (e i loro allievi, diretti e indiretti) avevano lo sguardo rivolto alla rinascita della pubblicistica germanica, a Gerber, Laband, Jellinek padre.

La germanofilia dei padri fondatori e dei loro discendenti era

---

(10) "[...] la scienza giuridica è un fenomeno specificamente europeo. Essa non è solo saggezza pratica, né unicamente tecnica. È profondamente coinvolta nell'avventura del razionalismo occidentale. In quanto spirito, discende da nobili genitori. Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione dalla madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato" (C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, tr. it., Milano, Adelphi, 1987, p. 71-72).

(11) J.P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, tr. it., Torino, Einaudi, 2008, p. 265.

peculiare, vista con i nostri occhi. Essi, infatti, prescindevano dal diritto positivo dell'area germanica, ed erano interessati ai paradigmi, alle "teorie", al metodo degli studiosi, con i quali, peraltro, intrattenevano ben pochi rapporti, limitandosi spesso semplicemente a leggere i loro libri.

Comunque, dopo la seconda guerra mondiale, questa germanofilia si è perduta: si potrebbe dire che, caduto l'Asse, è caduta con esso l'attenzione per la cultura di lingua tedesca, anche perché soppiantata con la cultura giuridica dei vincitori, quella anglosassone. Lo sguardo è stato rivolto verso il Regno Unito e verso gli Stati Uniti.

La cultura giuridica di quest'ultimo Paese, in particolare, è stata oggetto di grande attenzione, pur senza passare, in Italia, attraverso quella grande revisione concettuale che è stato il *legal realism*, anzi, mantenendo fermi i postulati del positivismo normativistico: il risultato contraddittorio si può comprendere.

Oltre alla filiazione romanistica e alla fratellanza germanica, è andato perduto un altro elemento della tradizione, quello dei maestri nazionali. Fino alla prima metà del XX secolo, accadeva che Forti inviasse un giovane Sandulli a studiare a Padova sotto la guida di Donato Donati o che Santi Romano consigliasse al giovane Giannini di apprendere ad usare i ferri del mestiere nel campo finanziario a Pavia con Griziotti. Dopo la seconda guerra mondiale, Giannini e Benvenuti (in misura minore, Nigro) sono stati poli di attrazione, nel senso che anche allievi di altre scuole locali si rivolgevano a loro per consigli. Ma già era attenuato il rapporto, rispetto all'epoca precedente, perché più episodico. Più tardi, specialmente con i concorsi locali, si sono create scuole locali, di carattere territoriale, e nessuno più ha svolto un compito di orientamento generale.

5. *La crisi dell'unità del diritto pubblico.*

Un secondo fattore che contraddistingue il presente stato del diritto amministrativo è la crisi dell'unità del diritto pubblico. Questa richiede un breve esame retrospettivo.

Secondo i canoni prevalsi quando la figlia si accasò nello Stato — per ripetere la metafora schmittiana — il diritto pubblico costi-

tuisce un ramo unitario comprendente diritto costituzionale, amministrativo, internazionale, processuale, ecclesiastico. Tuttavia, la scienza giuridica italiana (ma neppure quella tedesca) non ha coltivato questi campi in modo unitario: ad esempio, non vi sono teorie unitarie dei procedimenti, legislativi, amministrativi e giurisdizionali, oppure tentativi di ricondurre a unità lo studio dei diversi processi, costituzionale, amministrativo, civile, penale (o almeno dei principi fondamentali che stanno alla loro base). Le eccezioni sono poche: in Italia, la sintesi mortatiana.

Tuttavia, le due culture erano tenute insieme — potremmo dire — sotto il profilo soggettivo: Orlando e Romano, in misura minore Giannini e Sandulli coltivarono, sia pur tenendoli separati, più di uno di questi campi. In particolare, Romano studiò e insegnò il diritto costituzionale, quello amministrativo, quello internazionale, quello ecclesiastico.

Più tardi, i cultori di questi rami prenderanno strade interamente separate, tra le quali sono piuttosto rari gli incontri. Il diritto costituzionale, in particolare, ha preso la strada del *Verfassungsgerichtspositivismus* (la felice espressione è di Isensee (12)), attratto dall'instaurazione della giurisdizione costituzionale. Esso si è, quindi, concentrato sulle prescrizioni della prima parte della Costituzione e molto sugli aspetti processuali (o sul modo in cui questi si legano a quelli di diritto sostanziale). Ha trascurato la seconda parte della Costituzione. Pochi sono gli studi su Parlamento, partiti, sindacati, governo. Troppa attenzione è prestata agli aspetti anche minimi della giurisprudenza costituzionale (e troppo poco alle sue tendenze di fondo). Tra le due sue tradizioni, quella che risale ad Esposito e quella che fa capo a Mortati, è prevalsa la prima. Si è in certa misura trasformato in studio del diritto costituzionale processuale.

Un indirizzo opposto ha preso lo studio del diritto amministrativo. Questo ha alle sue spalle una lunga tradizione in cui diritto sostanziale e giustizia amministrativa erano strettamente legati. Poi ha scoperto che il diritto amministrativo è anche la vita concreta dell'amministrazione, è fatto anche di prassi. E che lo Stato e

(12) Si veda anche B. SCHLINK, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, in 73 *Der Staat* (1980), p. 89.

l'Europa occupano un posto importante sulla scena del diritto amministrativo. Dunque, è andato nella direzione opposta a quella del diritto costituzionale, verso l'allargamento, piuttosto che verso la chiusura nel recinto del giudice.

6. *Instabilità istituzionale e provvisorietà sistematiche.*

Lo stato presente della riflessione giuridica è, infine, influenzato dalla instabilità istituzionale, nel senso che essa produce provvisorietà sistematica.

Da un lato, la Costituzione del 1948, pur più volte modificata (più frequentemente di quella nordamericana, molto meno frequentemente di quella tedesca e di quella francese), è, ormai da un quarto di secolo, in attesa di una riforma maggiore. Dall'altro, l'amministrazione centrale è in una sorta di cantiere permanente, sia per la lentissima, ormai quarantennale, attuazione dell'ordinamento regionale, sia per il riordino periodico delle strutture ministeriali.

Istituzioni transeunti, sempre in attesa di un assetto stabile, frenano la stessa scienza, restia a dedicarsi a ricostruzioni sistematiche di un sistema che tale non è. Basti l'esempio della giustizia amministrativa, ritenuta da studiosi come Giannini un para-sistema, e quindi non degna di studi di carattere sistematico, tutt'al più di incursioni, analisi parziali, sondaggi.

Quello che Maurice Hauriou, scrivendo circa un secolo fa, ha chiamato un *état perpétuellement révolutionnaire* (13), prodotto dalle continue modificazioni normative, ha indotto una scienza giuridica abituata alla relativa eternità delle istituzioni e incapace di costruire le proprie basi sullo studio del movimento legislativo, a ridursi al commento.

Questo stato di cose ha causato l'assenza di sicuri punti di riferimento; la prevalenza di micro-problemi e di studi settoriali, su cui si fanno sperimentazioni e prove; un forte divario tra la letteratura "alta" e il *sermo humilis* dei cultori delle note a sentenza, dei commentatori, dei postillatori; infine, una certa incomunicabilità interna tra queste due diverse culture, tra le quali il dialogo è difficile, perché lavorano ad altezze diverse.

---

(13) M. Hauriou, *Principes de droit public*^{2}, Paris, Larose, 1916, p. XI.

7. *Anni di sperimentazione: progressi ed esigenze insoddisfatte.*

Che cosa hanno prodotto questi anni di sperimentazione? Segnalo i progressi e le esigenze insoddisfatte.

In questi anni lo Stato è stato spogliato della sua veste sacrale, sono stati analizzati i limiti interni ed esterni della sovranità, sono stati indagati i limiti dell'imperatività e il "governo con il consenso" (o, meglio, la necessità del consenso per governare), con ciò che ne è conseguito in ordine alle embricazioni tra diritto pubblico e diritto privato. È stata spostata l'attenzione dal solo diritto legislativo a quello giurisprudenziale e a quello che si forma nelle amministrazioni (le *policies*). Si è portata l'attenzione sulla finanza. Si sono aperti gli studi giuridici alla scienza politica, alla statistica, all'economia e alla sociologia.

Basti citare, scegliendo solo tra le opere recenti, due libri, come quello di Aldo Sandulli sulla storia della scienza del diritto amministrativo (14) e quello di Giulio Napolitano e di Michele Abrescia sull'analisi economica del diritto pubblico (15). Nonostante il loro carattere sperimentale, sono due libri significativi. Il primo, perché, in un certo senso, rompe il tradizionale ordine disciplinare, secondo il quale agli storici del pensiero è riservato lo studio del pensiero degli amministrativisti. Al contrario, ogni scienza che non riflette anche su stessa è destinata a rimanere incompleta. Il secondo, perché stabilisce un ponte tra economia e diritto, aprendo ai giuristi la prospettiva di arricchire le loro analisi con le tecniche dell'analisi economica.

Per questi aspetti, la scienza giuridica italiana può dirsi soddisfatta dai progressi da essa compiuti in questo campo e guardare con attenzione al fiorire del *New Administrative Law* e della *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, che può ben a ragione sentire di aver precorso.

Al passivo del bilancio vanno segnalate le esigenze insoddisfatte, gli studi che mancano. Vi è un importante deficit culturale — non solo tra i giuristi — relativo alla convivenza di istituzioni di demo-

---

(14) A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.

(15) G. Napolitano-M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009.

crazia e di istituzioni di garanzia. Non si è studiato il fenomeno della espansione, della contrazione e della ri-espansione dello Stato, né quello della sua nuova articolazione. È stato consegnato troppo presto agli storici lo studio dell'esperienza fascista, troppo rapidamente e superficialmente considerata totalitaria (e che andrebbe reinterpretata alla luce delle continuità, piuttosto che delle cesure e delle parentesi). È stata dimenticata la lezione di Savigny, quella per cui non è buon giurista chi non padroneggi i principî. Non sono stati superati i limiti di una scienza statica, d'impronta ottocentesca (distingue, classifica, ordina), resi più evidenti dai progressi di altre scienze, come quella economica (che sono riuscite a introdurre nel proprio corpo disciplinare lo studio delle leggi del movimento). Si è fermi ad un impianto positivistico, per cui norma è il dettato del legislatore, al quale si possono tutt'al più suggerire nuove norme (distinzione *de jure condito* e *de jure condendo*). Manca, infine, il riesame degli strumenti concettuali, che risalgono quasi tutti ancora alla pandettistica e alla post-pandettistica, riesame che richiede analisi accurate e ricostruzioni complessive, non limitate al breve termine.

Di tutto questo passivo, la componente che grava più pesantemente sugli studi odierni è quella metodologica. Gli espedienti per l'aggiornamento e la sistemazione del diritto vigente non sono molto diversi da quelli utilizzati dai giuristi del basso medioevo (16): interpretazione letterale dei testi, loro divisione in parti logiche, rielaborazione sistematica, enunciazione di casi paralleli, lettura del testo alla luce del contesto, indicazione della natura dell'istituto, delle sue caratteristiche distintive, della sua ragione di essere e delle sue finalità, ulteriori osservazioni e obiezioni all'interpretazione proposta.

Su questa trama si è venuto ad aggiungere, a partire dal XIX secolo, il positivismo normativistico. Questo — come quello scientifico —, fiducioso nell'assolutezza delle proprie proposizioni, corre continuamente il pericolo di trasformare la scienza in metafisica: ha la pretesa di applicare al pensiero scientifico una categoria caratteristica della metafisica, l'assoluta sistematicità e coerenza logica.

---

(16) A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 139.

Da ultimo, il diritto amministrativo ha adottato la prospettiva epistemologica ermeneutica (che mira a cogliere il significato di fatti ed azioni) e quella sistematica (che aspira a riordinare la realtà secondo un codice di riferimento), non quella naturalistica, di matrice neopositivistica (caratterizzata dalla capacità di accertare cause o regolarità empiriche).

Il compito del giurista oggi è lo stesso indicato mezzo secolo fa da Carl Schmitt: "Non possiamo sceglierci, secondo i nostri gusti, i regimi e i mutevoli detentori del potere, ma tuteliamo, con il cambiare delle situazioni, ciò su cui poggia un modo razionale di essere uomini che non può fare a meno dei principi del diritto. Di tali principi fa parte un riconoscimento della persona che non venga meno neppure nella contesa e che poggi sul rispetto reciproco; una sensibilità per la logica e per la coerenza dei concetti e delle istituzioni; il senso della reciprocità e del livello minimo di regolarità procedurale, del *due process of law*, senza cui non c'è diritto" (17).

(17) C. SCHMITT, *La condizione*, cit., p. 83. Una riflessione importante sul compito della scienza giuridica in ambito europeo è stata avviata da A. VON BOGDANDY, *The Past and Promise of Doctrinal Constructivism. A Strategy for Responding to the Challenges Facing constitutional scholarship in Europe*, in 7 *I.Con* (2009), p. 364, su cui G. NAPOLITANO, *Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 1, p. 1 ss.

LA STORIA, COMPAGNA NECESSARIA DEL DIRITTO (*)

Quel che dirò può essere così esposto in sintesi: diritto e storia sono buoni amici, ma spesso si tradiscono e il risultato è che la storia diventa falsa (e così pure il diritto). Occorre, quindi, che si facciano migliore compagnia, restando più fedeli l'uno all'altro (nonché alla propria vocazione).

Questa lezione, dopo una introduzione, sarà divisa in tre parti. Nella prima esaminerò quali usi della storia fanno i giuristi. Nella seconda quale tipo di storiografia fanno i giuristi. Nella terza, come le concezioni del diritto influenzano la storia.

Nel 1963, negli Stati Uniti d'America si discuteva della questione della segregazione razziale. Un giorno, in un ristorante di Baltimora, un gruppo di persone fece un "sit-in", occupando i locali per protestare contro la segregazione. Vennero arrestate e iniziò una procedura legale, avente ad oggetto il 14° emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Questa norma è stata scritta nel 1866-1868, a sèguito della Guerra civile, e contiene la clausola della "equal protection", dettata per sancire l'abolizione della schiavitù (gli Stati e il Governo federale non possono negare a nessuna persona, nell'ambito delle loro giurisdizioni, la "equal protection").

Alcuni sostenevano che la discriminazione in luoghi pubblici fosse illecita: un gestore di un ristorante non può permettersi di segregare o di non accettare gli afro-americani. Altri, tra cui lo Stato del Maryland, invece, sostenevano che gli autori della clausola non avessero in mente l'idea del divieto della segregazione nei luoghi di "public accommodation", aperti al pubblico.

La Corte Suprema, nel 1964, prese una decisione ("decisione Bell"), le cui argomentazioni, sia quelle della maggioranza (opera del

---

(*) Lezione tenuta alla *Scuola speciale per archivisti e bibliotecari*, nell'ambito del ciclo di conferenze organizzate dal Dipartimento di scienza del libro e del documento, Roma, 13 marzo 2009.

giudice Goldberg), sia quelle della minoranza, erano fondate sull'analisi storica. Una parte della Corte, citando numerose fonti (la corrispondenza del Justice Bradley e del Justice Woods e un libro di storia), giunse alla conclusione positiva, che gli afro-americani avevano diritto a non essere discriminati. L'altra parte, citando le stesse fonti storiche, giunse alla conclusione opposta (1).

Faccio ora un salto all'indietro di quaranta anni, varcando l'Atlantico per arrivare in Italia.

Pietro De Francisci, storico del diritto romano, nato nel 1883, rettore dell'Università di Roma negli anni '30 (ad eccezione degli anni 1932-35 in cui fu Ministro della giustizia), nella prolusione al corso di Istituzioni di diritto romano, letta a Padova il 22 gennaio 1923, affermò: "*ed importa perciò, in relazione con quel fine, vedere se l'indagine storica e la costruzione dogmatica, pur avendo oggetti, in parte, distinti, metodi disparati, scopi immediati diversi, non possano e non debbano invece considerarsi e svolgersi, in armonica concordia, l'una accanto all'altra, come due processi, ambedue legittimi e necessari, della conoscenza del diritto […]*". "*La funzione prima della conoscenza storica — considerata ai fini dell'educazione giuridica — è appunto di costituire un correttivo di visione ed una difesa contro le insidie che si nascondono nella dogmatica. L'indagine storica non presenta infatti il pericolo che la speculazione dello studioso abbia a considerare il mondo del diritto come esaurito dalle norme legislative o tutto rappresentato dalle costruzioni dogmatiche, perché nel suo sforzo di abbracciare la vita giuridica nella sua totalità e nel suo divenire essa non si arresta ai principi di quelle, ma cerca di rintracciarne le basi, la portata, l'efficienza nell'ambiente sociale e nella concretezza dei fatti. Ed evita così anche il pericolo che la dogmatica abbia a degenerare in un rigido dogmatismo, col porre in rilievo il rapporto fra lo svolgersi delle norme e quello dei fenomeni giuridici e la natura della relazione che passa fra la realtà giuridica e la costruzione dogmatica*". "*La storia giuridica, se vuol essere scienza e non un'esposizione cronologica di regole o di dottrine, deve imporsi come oggetto questa ricostruzione di istituti nella loro struttura e nella loro funzione, nella loro essenza e nelle loro relazioni con l'ambiente, la*

(1) Chi vuol saperne di più può consultare l'opera di C.A. MILLER, *The Supreme Court and the Uses of History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969, p. 189.

rappresentazione delle loro variazioni ed infine la ricerca delle leggi di queste variazioni. E ciò allo scopo di poter ficcare il viso per lo fondo, attraverso i materiali offerti dal diritto positivo, dalla dogmatica, dalla giurisprudenza, dalla vita, nella vasta complessità del mondo giuridico…" (2).

Passo a una data più vicina a noi, per evocare l'opera di Gino Gorla, comparatista, civilista, nonché storico (specialmente nell'ultima parte della sua vita). Suoi scritti sono raccolti in un libro intitolato *Diritto comparato e diritto comune europeo* (3) nel quale afferma che *comparison involves history* (la comparazione comporta la storia) e ricorda che Maitland aveva scritto in un suo saggio il contrario, e cioè "*history involves comparison*". L'inversione — osserva Gorla — si spiega perché "*seguendo il processo degli sviluppi e dei contrasti tra i diversi paesi, s'intendono meglio i caratteri, gli atteggiamenti e le soluzioni concrete di un dato ordinamento giuridico in atto*" (4).

Ho cominciato con una vicenda che riguarda la Corte Suprema americana, la pubblicazione di uno storico del diritto che scrive nel terzo decennio del secolo e le parole di un "giurista positivo" che scrive nella seconda metà del XX secolo, per far intendere quanto diversamente viene intesa la storia dai giuristi.

Nel primo caso, la storia è strumento del ragionamento giuridico. La Corte suprema americana usa la storia per affrontare il problema delle discriminazioni. De Francisci invoca la storia contro la dogmatica nell'educazione giuridica, come un correttivo del metodo giuridico. Gorla parla della storia in un'altra funzione, come mezzo di comprensione del diritto: soltanto studiando l'evoluzione di un ordinamento, si possono notare somiglianze e contrasti con altri ordinamenti.

Di ognuna di queste tesi potrebbe dubitarsi. Della prima perché

---

(2) P. De Francisci, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, ottobre-dicembre 1923, fasc. IV, p. 375, 383, 387. Per un quadro storico dell'evoluzione successiva, M. Nardozza, *Tradizione romanistica e "dommatica" moderna. Percorsi della romano-civilistica nel primo Novecento*, Torino, Giappichelli, 2007, su cui M. Surdi, *Scientia juris* e storia, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, n. 2 (dicembre), p. 547.

(3) G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981.

(4) *Op. cit.*, p. 42.

assegna alla storia solo una funzione persuasiva. Della seconda perché lega l'utilità della storia al metodo dogmatico, quasi che poi, cessato il ricorso ad esso, la storia non avrebbe alcuna utilità. Della terza perché considera il compito della storia come ancillare, in quanto serve a comparare.

La storia è una compagna necessaria del diritto. A riprova di questa affermazione, si provi a comparare il diritto e le altre scienze sociali. Vi sono storici del diritto, cioè storici che lavorano sulla materia giuridica, e giuristi storiografi, sia del pensiero giuridico, sia delle istituzioni. Lo stesso non accade per la sociologia, per la scienza politica (salvo l'eccezione della storia delle dottrine politiche) e per l'economia (salvo la storia del pensiero economico). Le relazioni tra diritto e storia sono più forti delle relazioni tra le altre scienze sociali e la storia. La storia ha un ruolo molto più importante per il giurista, di quanto non l'abbia per il sociologo, per l'economista, per il politologo.

Come si spiega questa speciale relazione? Forse con la circostanza che il diritto è la scienza sociale di più antica formazione (l'economia diventa scienza soltanto nel XVIII secolo, la scienza politica è ancora più giovane). O con il fatto che il diritto è la scienza sociale che ha avuto maggiore e più complessa articolazione.

Passo ora al primo tema: quali usi della storia fanno i giuristi? Questi ultimi, purtroppo, usano belle parole, ma seguono pessime pratiche. Proverò a spiegare questa conclusione con qualche esempio. Il primo attiene all'abuso giuridico della storia (qui parlerò di Savigny). Il secondo alla non storia degli storici del diritto (qui mi riferirò agli studiosi di storia del diritto romano e di storia del diritto in generale). Il terzo all'uso astorico del passato da parte dei giuristi (qui mi riferirò ai cosiddetti giuristi positivi). Il quarto all'uso retorico della storia (e qui parlerò dei giudici). L'ultimo all'uso della storia fatto dagli storici (del diritto) di professione.

Friedrich Carl von Savigny e il suo allievo Georg Friedrich Puchta, attivi nella prima metà del XIX secolo, sono stati i fondatori del metodo logico-sistematico. Sono nostri contemporanei, perché ogni giurista vivente, in Italia e fuori d'Italia, lavora usando i loro metodi concettuali.

Savigny si oppose alla codificazione del diritto, proposta nell'area germanica ancora non unificata, brandendo il vessillo della

storia. Fu contrario alla consacrazione delle norme giuridiche in codici, perché — egli scrisse — il diritto è creazione della società. In esso è la società che si esprime. Savigny costruì il diritto come un sistema stabile di concetti, destinato a sfidare la storia. Esso è un "*tutto organico, determinato dalla continuità tra passato e presente*". Compito della scienza giuridica è di "*risalire alle radici di ogni materiale dato, e scoprire così il suo principio organico, per modo che si separi da esso ciò che ha ancora vita da ciò che è già morto, e che solo in tal senso appartiene alla storia*" (5).

Il fondatore della scienza giuridica di oggi rimase impigliato in una contraddizione. Da un lato, si oppose, in nome della storia, alla codificazione; dall'altro, presentò il diritto come costruzione logico-sistematica, che si oppone alla storia.

Uno studioso italiano si esprime così su questa contraddizione: "*malgrado il suo nome, la "scuola storica del diritto" accolse, e dall'iniziale pandettistica settecentesca e dalla sua versione filosofica, la sua metodologia e l'esigenza di unità sistematica, dandoci una prima e cosciente definizione di ciò che si sarebbe, poi, inteso universalmente per dogmatica e, cioè, un complesso di mezzi e di metodi diretti a conseguire l'ideale di un sistema di diritto*". "*Ma a noi pare che, nella contraddizione interna tra l'esigenza storicistica, solo verbalmente affermata ed in sede di problemi generalissimi (quali quello della codificazione), e l'esigenza dogmaticizzante, completamente accettata, sia già contenuta in nuce la problematica che la funzione della dogmatica non avrebbe mancato di suscitare e, in certo modo, sia presentita la stretta connessione tra l'aspetto logico e sistematico, proprio della dogmatica, e l'esigenza storicistica, non chiaramente formulata, di cui la "scuola storica" era portatrice*" (6).

Se si ritorna per un momento a De Francisci, che contrappone dogmatica e storia, per sostenere che la storia deve essere un

---

(5) F.C. Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), trad. it., Verona, Minerva, 1857, rist. Bologna, Forni, 1968, pp. 101 e 173 (si veda anche la traduzione francese, Paris, PUF, 2006, a cura e con un saggio introduttivo di A. Dufour, nonché O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Puf, 2005, p. 11 ss.).

(6) E. Paresce, *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XIII, 1964, pp. 682-683.

correttivo della dogmatica, si può notare il viluppo di contraddizioni: la scuola storica del diritto (così si chiamò quella di Savigny), in nome della storia, costruì un edificio, la dogmatica, per evitare gli errori del quale De Francisci, nel 1923, invocava la storia. La stessa arma che Savigny aveva utilizzato per la sua azione, viene evocata da De Francisci per correggere i risultati dell'opera di Savigny.

Questo è il primo nucleo di contraddizioni tra storia e diritto. Passo ora alla "non storia" degli storici del diritto, partendo dal diritto romano.

Se si apre un libro di storia del diritto romano, si scopre che vi si parla della *prefectura*, come se qualcuno potesse domani diventare *prefectus praetorio*, o *prefectus urbi*, o *prefectus annonae.* Quelle istituzioni non esistono più, ma ci vengono presentate come se fossero vigenti, come se si dovesse pagare l'imposta fondiaria (*annona*), come se qualcuno potesse diventare *procurator ludi*, come se potesse oggi stipularsi un contratto tra *mancipio dans* e *mancipio accipiens*.

La storia del diritto romano viene studiata come storia di un diritto romano attuale, vivente. Quindi, studio delle istituzioni romane avulso dalla cultura e dalla società romane e senza alcuna relazione con l'esame del valore attuale del diritto romano. Ovvero diritto romano inteso come un cantiere nel quale si trovano le tavole di tutto il diritto successivo, la sua grammatica. Che, proprio perché attualizzato forzosamente, ci appare lontano, mentre una vera conoscenza storica sarebbe capace di restituirci l'interesse per esso.

Si aggiunga che la superfetazione di studi astorici di una realtà non più attuale e tanto lontana rende incomprensibile lo stesso diritto romano, perché crea un effetto "vetro smerigliato", che impedisce di vedere l'oggetto nella sua realtà concreta, il diritto romano di coloro che vivevano nella società romana.

Ora, se gli storici non ci danno la chiave per l'interpretazione del diritto romano, questo resterà un mondo separato. Per comprendere il diritto romano come fatto storico, e per intenderne il valore attuale, bisogna leggere le opere dei romanisti inglesi o americani. Ciò è un paradosso, perché in Italia vi è un numero di studiosi di diritto romano molto superiore a quello degli studiosi di diritto romano di tutte le altre parti del mondo messe insieme. Quindi,

dovremmo essere all'avanguardia nello studio e nella comprensione storica del diritto romano.

Per altro verso, molti dei nostri romanisti cercano di superare le barriere della loro disciplina, forse rendendosi conto che essi stessi l'hanno chiusa quasi in un ghetto. Mi limito a segnalare l'*Introduzione allo studio storico del diritto romano* di Riccardo Orestano (pubblicata nel 1953 e poi ripubblicata, con modificazioni, nel 1987), *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, di Aldo Schiavone e il recente *Storia di Roma tra diritto e potere*, di Luigi Capogrossi Colognesi (7). Queste opere hanno alcuni tratti in comune: abbandonano le descrizioni troppo analitiche, che fanno perdere di vista il flusso degli eventi e la loro direzione; ampliano lo sguardo dal diritto al potere e alla cultura; integrano l'analisi storica con l'esame dell'evoluzione della storiografia, per far acquisire consapevolezza del diverso metodo nello studio del diritto romano nel tempo trascorso.

Passo ora al tradimento della storia che fanno i cosiddetti giuristi positivi. Mi aiuta un libro importante di Guido Landi, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie 1815-1861* (8). L'autore era uno dei maggiori magistrati amministrativi italiani, presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Questo libro è articolato nelle seguenti parti: territorio, popolo, governo, amministrazione centrale, esercito, marina, amministrazione civile, giustizia, esperimenti costituzionali. Nel capitolo dedicato all'amministrazione comunale, vi sono paragrafi sul cassiere dell'amministrazione comunale, sulle rendite del comune e sui dazi comunali, trattati come se dovessimo oggi pagare i dazi comunali nel Regno delle Due Sicilie o potessimo fare lì un concorso per cassiere comunale.

Ora, questa sorta di riproduzione del passato nel presente non è affatto analisi storica, è semplicemente descrizione di un evento del passato ricostruito "com'era e dov'era".

I giuristi, così, dicono di apprezzare la storia, ma non fanno opera di storici, espongono ingenuamente il diritto positivo del

(7) Bologna, il Mulino, 1987, il primo volume (nel quale si segnala, in particolare, l'appendice seconda, *Sul problema della "storia"*); Torino, Einaudi, 2005 il secondo; Bologna, il Mulino, 2009 il terzo.

(8) Milano, Giuffrè, 1977, 2 tomi, pp. 1214.

passato. Non tengono conto della distinzione tra interprete e storico. L'interprete di un diritto vivente deve comprendere il diritto per trarne linee di azione, prescrizioni. Lo storico ha un altro compito, il suo comprendere è un fine in sé. Questa ed altre differenze furono poste in luce già nel 1939 da Piero Calamandrei, in un bello scritto su *Il giudice e lo storico* (9), nel quale l'autore criticava la riduzione dell'attività giudiziaria a storiografia.

Ma vi sono casi meno vistosi, anch'essi fuori quadro. Molti giuristi, studiosi e giudici, fanno uso della storia, ma la intendono in senso limitatissimo, come ricostruzione degli intenti del legislatore (storia genetica) e come analisi delle applicazioni e degli sviluppi di una certa norma. Così facendo, i giuristi non sono storiografi. Trasportano nella storia il loro pregiudizio positivistico, mettendo al centro la legge. Ne esaminano soltanto alcune vicende esteriori.

Un altro uso della storia è quello di chi l'adopera come strumento per costruzioni teoriche. È stato osservato che, in tal caso, la storia è un "subcontractor whose job [is] finished only when it ha[s] laid the foundations of principles" (10). Il cartesianismo applicato alla storia, la sua utilizzazione come mezzo di razionalizzazione rappresenta un altro tradimento della sua vocazione.

Un ultimo tipo di uso della storia fatto dai giuristi è quello pragmatico o strumentale, nel quale la storia serve a convincere (o a vincere una causa). Qui la storia serve come il precedente e come l'invocazione dell'autorità della "dottrina", è misurata sulla sua efficacia, non per la sua accuratezza e completezza o per il suo rigore.

Infine, vengono gli storici del diritto. Qual è la loro storia? Essa è storia del diritto medioevale e storia del pensiero giuridico. Gli storici professionali del diritto sono fermi ad una tradizione di origine romanistica, che li lega alla storia del diritto romano e alla storia del diritto medievale, intesa come storia della ripresa di tradizioni giuridiche romanistiche. Manca la storia delle istituzioni. Se si vuole apprendere la storia delle istituzioni preunitarie e unita-

---

(9) In *Studi in onore di Besta*, Milano, Giuffrè, 1939, 4 voll., vol. II, p. 353.

(10) R.W. GORDON, *Historicism in Legal Scholarship*, in *Yale Law Journal*, vol. 90, n. 5, April 1981, p. 1026.

rie, occorre leggere i lavori storiografici degli storici generali o degli storici delle istituzioni.

Insomma, la storia del diritto tarda ad avvicinarsi ai giorni nostri (tra le eccezioni vanno ricordati almeno i contributi di Giuliana D'Amelio su *Illuminismo e scienza del diritto in Italia* (11) e di Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna* (12), che spingono l'analisi sulla storia moderna, con attenzione alle vicende delle istituzioni, oltre che a quelle del pensiero giuridico), tarda a diventare storia delle istituzioni complessive, non necessariamente storia soltanto delle leggi.

Ma non è quello tematico l'unico limite della storia del diritto. Ve n'è un altro, costituito dalla incertezza sul metodo. Qual è il metodo che deve seguire lo storico se vuole studiare le istituzioni e stabilire un legame con il diritto?

Prendo due esempi. Charles Tilly, studioso americano, ben noto in Italia, ha scritto opere fondamentali sulla storia dello Stato. Egli era, accademicamente, uno storico, ma anche un "political scientist". Jean-Yves Dormagen, studioso francese, ha scritto di recente un libro sullo Stato fascista, nel quale esamina la vicenda delle amministrazioni parallele. L'autore è un "political scientist", oltre che storico.

C'è da chiedersi: è vero quanto ha affermato Vincent Wright (13), che il comparatista e lo storico lavorano necessariamente su due piste diverse, nel senso che il secondo deve essere attento al fatto individuale, il primo deve generalizzare e, quindi, necessariamente semplificare? Sono questi necessariamente mestieri diversi? Perché essi convivono in Tilly, Dormagen e nello stesso Wright? Perché il comparatista non deve essere allo stesso tempo attento ai singoli eventi, ai fatti singoli, e, a sua volta, lo storico non può interessarsi anche ai grandi modelli, alle tipologie?

Molto migliore lo stato della storiografia del pensiero giuridico. Questa ha conosciuto un nuovo esordio con la creazione, nel 1971,

---

(11) Milano, Giuffrè, 1965.

(12) Torino, Giappichelli, 2002.

(13) V. WRIGHT, *The Path to Hesitant Comparison*, in H. DAALDER (ed.), *The Intellectual Autobiography of Comparative European Politics*, London, Cassell, 1997, p. 162.

del fiorentino "Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno", che ha finora prodotto 37 "quaderni" e ben 84 titoli della "biblioteca". Il centro si è dedicato all'analisi di ogni settore del diritto moderno. È orientato verso lo studio di teorie ed ideologie dei giuristi, ma senza tralasciare l'esame di contesti e di interessi che sono alla base di teorie ed ideologie. Raccoglie ricerche che vertono prevalentemente sulle pubblicazioni dei giuristi, ma senza dimenticare la formazione più interna del pensiero giuridico, quale si può trarre da epistolari e, in generale, da carte di archivio. Lo scritto del fondatore e direttore (per un trentennio) della scuola fiorentina, vertente sulla scienza giuridica italiana (14), può considerarsi il prodotto più maturo del centro.

L'ultimo tema, quello della influenza delle concezioni del diritto sulla storiografia giuridica, richiede un esame più breve.

Finora ho considerato il dialogo tra diritto e storia, tra giuristi e storia, tra falsi giuristi e falsi storici. Vediamo ora come influenzano la storiografia le concezioni giuridiche.

I giuristi hanno parecchi *mea culpa* da fare: hanno ereditato la tradizione napoleonica, per cui il diritto è la legge, non ciò che dispone il giudice, non il lavorio della scienza giuridica. Se il giudice deve interpretare secondo canoni stabiliti dallo stesso legislatore, non è creatore di diritto. Nelle università si insegna più il codice civile che il diritto civile.

Questa diffusa concezione ha influenzato gli storici del diritto, che si sono fatti attrarre anche essi dal diritto-legge, ponendolo al centro delle loro riflessioni (nonostante che molti abbiano pagato un tributo nominalistico alla teoria romaniana dell'ordinamento). Interessi, prassi, consuetudini, comportamenti, valori, opinione pubblica, le prescrizioni legali più minute (come le circolari amministrative) passano in secondo piano.

Ora che il diritto esce dagli anni bui del peggiore kelsenismo e ristabilisce i legami a lungo spezzati con le scienze sociali, anche gli storici debbono cercare una nuova integrazione.

Un solo esempio. Chi voglia indagare storicamente la razionalizzazione De Stefani del 1923-1924 non può fare a meno di rico-

(14) P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

struire le serie storiche dei dipendenti pubblici, di risalire al dibattito giolittiano sulla burocrazia, di esaminare il gran numero di regolamenti e circolari che accompagnò i provvedimenti normativi, di studiare le reazioni dei funzionari e dell'opinione pubblica.

Questo può comportare che la storia del diritto confluisca nella storia *tout court*.

Concludo negli stessi termini con i quali ho iniziato. La storia è compagna necessaria del diritto. Ma questa unione va presa sul serio, non a parole. E deve essere una unione a parti eguali, sia su un lato, sia sull'altro, e senza tradimenti.

INDICE

Introduzione v

I.
LE ORIGINI: FRANCIA E INGHILTERRA

La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito 3
Tocqueville e il diritto amministrativo 111
« Une des formes de l'Etat nouveau du monde » - Riflessioni sul diritto amministrativo francese 125
Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo 141
La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo 219

II.
DIRITTO E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE IN ITALIA

La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo in Italia dal XIX al XX secolo 251
Prefazione al Trattato di diritto amministrativo 271
Lo smarrimento di Oreste e la furia delle Eumenidi: la vicenda intellettuale della scienza dell'amministrazione. 277

III.
LA SCIENZA AMERICANA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo 291

IV.
COMPARAZIONI E CONVERGENZE

Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia 309
Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo? 321

Le amministrazioni pubbliche in Europa: per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo 331

V.
LA COMPONENTE EUROPEA

I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario 345
Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione 355
Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali 361
Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali? 373
Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione? 393
Il procedimento amministrativo europeo 403
Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali 425

VI.
CRISI E TRASFORMAZIONI

Le nuove tendenze del diritto amministrativo 441
Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della Rivista *Diritto pubblico* 451
Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo 465
Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo 477
Tendenze e problemi del diritto amministrativo 493
Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico 507
"Le droit tout puissant et unique de la société". Paradossi del diritto amministrativo 523
Lo stato presente del diritto amministrativo italiano 549
La storia, compagna necessaria del diritto 563

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120
Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486

46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374

48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234

49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212

50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530

51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270

52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024

57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

62 Pietro Costa, IURISDICTIO
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412

63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286

64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592

65 Ferdinando Mazzarella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530

66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468

67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374

68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502

69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548

70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346

71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464

72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156

74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388

75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282

77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitucíon política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228

79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632

80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742

81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532

82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324

85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306

86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252

87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512

90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
http://www.giuffre.it

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

ISBN 88-14-15385-X

€ 60,00

0914-69