





Giacinto della Cananea

IL NUCLEO COMUNE
DEI DIRITTI AMMINISTRATIVI
IN EUROPA

Un'introduzione

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è frutto di una ricerca finanziata dall'*European Research Council* con un Advanced Grant (Grant Agreement n. 694697 - CoCEAL), di cui Giacinto della Cananea è Principal Investigator.

Il volume sarà disponibile in versione *open access* sul sito <http://www.coceal.it/> dal 2 maggio 2020.



Tutti i diritti sono riservati

© 2019 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com
info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-699-8

A Ettore e Giovanni, *per la fiducia, nel tempo.*



<i>Prefazione</i>	11
Capitolo 1	
<i>Il diritto amministrativo: una visione di lungo periodo</i>	15
1.1. Due rivoluzioni	17
1.2. Scontro di sistemi?	25
1.3. Un'interpretazione alternativa	33
Capitolo 2	
<i>La comparazione dei diritti amministrativi, in Europa</i>	37
2.1. Dai diritti stranieri alla legislazione comparata	37
2.2. I limiti del diritto amministrativo comparato	42
2.3. Il diritto amministrativo oltre lo Stato	46
2.4. I diritti amministrativi nello spazio giuridico europeo	49
2.5. Comparazione e integrazione europea	53
Capitolo 3	
<i>Una ricerca sul nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa</i>	57
3.1. Una ricerca per l'avanzamento delle conoscenze	57
3.2. Uno studio del procedimento amministrativo	61
3.3. Una comparazione diacronica e sincronica	67
3.4. Le principali linee della ricerca	74
3.5. La selezione degli ordinamenti e degli esperti	79
Capitolo 4	
<i>La comparazione diacronica: i principi dell'azione amministrativa tra Otto e Novecento</i>	85
4.1. La scelta del periodo	86
4.2. Una necessaria discontinuità: un'indagine empirica	89
4.3. Gli ordinamenti considerati	94

4.4. Il diverso contesto istituzionale e culturale	97
4.5. L'incremento del contenzioso	103
4.6. L'accesso alla giustizia verso l'amministrazione	109
4.7. La giustizia nell'amministrazione	117
4.8. Dalla sovranità alla responsabilità	126
4.9. La svolta di fine secolo	136
4.10. Un sostrato comune: lo Stato di diritto	143

Capitolo 5

<i>La comparazione sincronica: la responsabilità delle pubbliche amministrazioni</i>	151
5.1. Un <i>worst case scenario</i> ?	151
5.2. L'ambito dell'indagine	158
5.3. Un'analisi fattuale	162
5.4. Un'amministrazione responsabile	165
5.5. Una responsabilità di diritto pubblico?	173
5.6. Diversità dei sistemi delle tutele	178
5.7. La giustizia procedurale: l'ingiustificato licenziamento di un funzionario	187
5.8. La revoca d'una concessione <i>inaudita altera parte</i>	192
5.9. Misure provvisorie e poteri di polizia	196
5.10. Una base comune	202

Capitolo 6

<i>Una visione d'insieme</i>	209
6.1. Il diritto pubblico, <i>enclave</i> nazionale?	210
6.2. Il mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo	217
6.3. Due culture dell'amministrazione	226
6.4. Il nucleo comune dei diritti amministrativi	233
6.5. Tre scenari di teoria: la «natura delle cose»	236
6.6. L'influenza dei prototipi	242
6.7. La convergenza indotta dai diritti sovranazionali	248
6.8. Convergenza nella diversità	253
6.9. Necessità di ulteriori verifiche	260
6.10. Il confronto con altre esperienze giuridiche	264
<i>Volumi della Collana COCEAL in lingua inglese</i>	268
<i>Indice dei nomi</i>	269
<i>Indice delle riviste</i>	277
<i>Indice delle sentenze</i>	281

«Se la credenza antica e perenne di poter realizzare un'armonia ultima è un inganno, ... se noi ammettiamo che i Grandi Beni possano collidere, che alcuni di essi non possano vivere insieme, benché altri lo possano, ... che cosa e quanto dobbiamo sacrificare a che cosa? Mi sembra che non vi sia una chiara risposta. Tuttavia, anche se ai conflitti non si può sfuggire, possono essere stemperati. Si possono soppesare le richieste e raggiungere compromessi».

Isiah Berlin, *On the Pursuit of the Ideal* (1998), tr. it. di S. Bignotti, *Sulla ricerca dell'ideale*, Brescia, Editrice Morcelliana, 2007, p. 73.



PREFAZIONE

Sono pubblicati in questo saggio il programma d'una nuova ricerca comparata riguardante i diritti amministrativi in Europa e i suoi primi risultati. Al centro della ricerca vi è una congettura, che è bene indicare subito. La congettura è che tra i diritti amministrativi d'Europa vi siano tanto numerose e rilevanti differenze, quanto elementi comuni e connettivi, cioè un «nucleo comune», per usare l'ordine di concetti impiegato negli studi sulla comparazione giuridica e in quelli di storia del diritto.

Alcuni di questi tratti comuni e connettivi erano emersi già nell'Ottocento. All'inizio del Novecento essi erano ancor più evidenti. In seguito, le amministrazioni pubbliche hanno avuto ovunque un'espansione senza precedenti. L'intero secolo ne è stato contraddistinto, tanto da configurarsi come l'epoca dello Stato amministrativo. Altri eventi hanno determinato discontinuità: le due guerre mondiali, il crollo degli imperi multinazionali, la diffusione e la dissoluzione dei regimi politici del socialismo reale, l'instaurarsi di un'integrazione più stretta tra i Paesi europei. Non è implausibile che l'importanza relativa dei tratti comuni e di quelli distintivi possa averne risentito, che lo stesso concetto di nucleo comune richieda una qualificazione a seconda del momento storico. Questa ipotesi richiede accurate verifiche, su più versanti.

Per impostarle correttamente, prima ancora che per effettuarle, occorre prima di tutto perfezionare gli strumenti analitici disponibili. Va sottoposta a un vaglio critico l'impostazione prevalente nella letteratura sul «diritto amministrativo comparato». Essa è discutibile in sé. Lo è, inoltre, per via di una carenza di specificazione relativamente all'interazione tra i diritti all'interno dello spazio giuridico europeo. In una prospettiva costruttiva, la congettura posta alla base della ricerca – l'esistenza di un nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa – sarà sottoposta a verifica mediante un'indagine storica e comparata. Nella comparazione diacronica, verrà esaminata la giurisprudenza, per segnalarne le implicazioni dal punto di vista della lettura incrociata dei dati che si ottengono dall'analisi dei vari ordinamenti giuridici. Nella comparazione sincronica, i dati saranno tratti da un'analisi di tipo fattuale, riguardante vari gruppi di quesiti, più o meno articolati e complessi, riguardanti la responsabilità pubblica. Il lettore non troverà la risposta, confezionata e pronta all'uso. Troverà, piuttosto, le ragioni – istituzionali e culturali – in virtù delle quali determinate risposte possono essere reputate plausibili e, soprattutto, sono idonee a far emergere le analogie e le differenze tra i vari diritti europei. In questo saggio, i dati ottenuti su entrambi i versanti saranno confrontati per un primo bilancio, a metà del tragitto.

La natura di saggio spiega la natura compatta di questo volumetto e lo stile a volte assertivo. Essa esime dal rendere compiutamente ragione bibliografica dei vari filoni di letteratura riguardanti i temi affrontati. Ci si limiterà ad alcuni richiami essenziali, riguardanti gli studi più rilevanti e quelli più recenti,

dai quali è possibile risalire agli altri. L'intento è di spiegare le ragioni che rendono necessario un mutamento, se non di paradigma, di metodo e insieme di prospettiva. L'attenzione è dedicata principalmente all'Europa, coerentemente con la congettura su cui la ricerca è basata. Ma ciò non preclude, anzi richiede, l'instaurazione di un costante dialogo e di un proficuo confronto con le culture giuridiche delle altre parti del mondo.

* * *

Il saggio è scaturito dalla ricerca finanziata dal Consiglio europeo delle scienze con un *advanced grant* (COCEAL, n. 694997). Essa è tuttora in corso di svolgimento. Non sarebbe stata possibile senza i preziosi consigli ricevuti tempo addietro da Sabino Cassese; senza il più che ventennale scambio d'idee e di esperienze con Jean-Bernard Auby e Paul Craig, all'interno dell'*European Group of Public Law* e poi del *Research Network on European Administrative Law*; senza il costante incoraggiamento e il vaglio critico di Mauro Bussani e di Alec Stone Sweet. I risultati delle due linee di ricerca già concluse, sintetizzati nel quarto e nel quinto capitolo di questo saggio, saranno pubblicati nel corso del 2020 in altrettanti volumi a cura della casa editrice con cui è stato dato alle stampe il libro – *Due Process of Law Beyond the State* – che ha preceduto quest'ultimo.

Varie parti di questo saggio sono state lette da Jean-Bernard Auby, Roberto Caranta, Martina Conticelli, Angela Ferrari Zumbini, Andrea Graziosi, Stefano Mannoni, Marco Mazzamuto. A loro va la sincera gratitudine dell'autore, che tuttavia è, ovviamente, l'unico a rispondere dell'accuratezza dei dati allineati e dei giudizi espressi.

Infine, un ringraziamento non formale va agli studiosi che hanno organizzato appositi incontri per discutere il progetto di ricerca e i suoi svolgimenti, e vi hanno partecipato formulando osservazioni e suggerimenti: in particolare, Gordon Anthony, Stanislaw Biernat, Marcello Clarich, Mario Comba, Victor Comelles Ferreira, Delphine Costa, Bruno De Witte, Mariolina Eliantonio, Leonardo Ferrara, Claudio Franchini, Michel Fromont, Diana-Urania Galetta, Michele Graziadei, Carol Harlow, Luca De Lucia, Marco Mazzamuto, Thomas Perroud, Mauro Renna, Aldo Sandulli, Stefan Storr, Simone Torricelli, Aldo Travi, Takis Tridimas, Ellen Vos, Jacques Ziller.

CAPITOLO 1
IL DIRITTO AMMINISTRATIVO:
UNA VISIONE DI LUNGO PERIODO

Negli anni successivi al 1989, vi è stato un fiorire di incontri di studio, di saggi e di opere collettive volti a confrontare i diritti amministrativi non soltanto all'interno dello Stato, cioè del tipo di ordinamento giuridico generale all'interno del quale sono sorti e si sono sviluppati¹, ma anche «oltre lo Stato»². Il maggiore interesse per la comparazione nell'ambito del diritto pubblico si era già manifestato nell'ambito del diritto costituzionale³. In una fase di più stretta integrazione all'interno dell'Europa unita, oltre che di più rapida e intensa globalizzazione, ben si comprende l'interesse per le istituzioni giuridiche degli altri

¹ M. HAURIUO, *Droit administratif*, in *Répertoire Béquet*, Paris, Dupont, 1897, p. 4; S. ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 434; G. VEDEL – P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1984, 9° ed., p. 26. In chiave comparata, M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006; F. BIGNAMI, *Comparative Administrative Law*, in M. BUSSANI – U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 145; J.P. SCHNEIDER (hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa*, V&R Unipress, Göttingen, 2007.

² Nel senso indicato da S. ROMANO, *Oltre lo Stato* (1918), ora in *Scritti minori*, cit., I, p. 419.

³ B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Va. L. Rev.* (83), 1997, p. 771; M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Oxford, Elgar, 2018, 2° ed., p. 1.

Paesi. Ma la piena comprensione dei tratti salienti di tali istituzioni è ostacolata da una serie di difficoltà, di limitazioni conoscitive derivanti dagli approcci tradizionali alla comparazione nell'ambito del diritto amministrativo e pubblico.

Prima di esaminare tali limitazioni conoscitive e di proporre una diversa prospettiva, è opportuna una breve digressione sul suo oggetto, cioè sul diritto amministrativo. Sulla sua genesi, varie tesi sono state esposte e confutate nel corso del tempo, senza che dal dibattito sia emerso un orientamento unitario: alla tesi della discontinuità indotta dalla Rivoluzione francese⁴ si contrappone – sulla scia di Alexis de Tocqueville⁵ – la tesi della continuità delle istituzioni amministrative malgrado la discontinuità delle istituzioni politiche⁶. Non è questa la sede per illustrare tali tesi, né tanto meno per tentare di ricomporle in un'improbabile sintesi. Piuttosto, si possono indicare i nessi tra il diritto amministrativo e le due rivoluzioni che hanno segnato una profonda discontinuità, forse una frattura, rispetto all'*ancien régime*: la fase d'innovazioni economiche, scientifiche e tecnologiche definita «seconda rivoluzione industriale» e la Rivoluzio-

⁴ L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001, p. 277, sulla scia di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1939), in *Quad. fior.* (3), 1973, p. 179.

⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution* (1856), a cura di J.P. MAYER, Paris, Gallimard, 1967, libro I, capitolo IV (relativamente alla garanzia dei funzionari e alla giustizia amministrativa). Alla tesi di Tocqueville aderirono, tra gli altri, Guizot e Thierry.

⁶ J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, pp. 9-10 e già R. DARESTE, *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France*, IV. *Les juridictions administrative depuis 1789*, in *Rev. hist.*, 1857, p. 132.

ne francese. Si possono, inoltre, evidenziare, per poi tornarvi più avanti, i fondamenti e le implicazioni di due diversi modi di considerare il diritto che si applica all'amministrazione, di due culture.

1.1. Due rivoluzioni

Tra i cultori della storia economica e della storia *tout court*, non vi è identità di vedute circa i fattori che hanno promosso e assecondato la prima rivoluzione industriale. Prima e dopo di Marx, vari studiosi hanno messo in primo piano le variabili economiche, ossia il volume delle risorse impiegate, le tecniche volte a massimizzarne l'efficiente impiego e le innovazioni tecnologiche che incidono positivamente su entrambi.

Altri hanno fatto riferimento alle variabili non economiche: la cultura, la politica, le istituzioni. Rientra in questo filone di pensiero la tesi che la rivoluzione industriale in Inghilterra sia figlia delle istituzioni rappresentative scaturite dalla *Glorious Revolution* del 1688⁷. Sulla portata dei cambiamenti, vi è una maggiore convergenza di vedute. Essi hanno configurato una sorta di mutazione complessiva, riguardante non soltanto i modi di produzione, con l'avvento dell'economia di mercato di tipo capitalistico, ma la società tutta. Già prima del periodo che per gli specialisti costituisce la seconda rivoluzione industriale, nei principali Paesi europei, lo sforzo per potenziare le infrastrutture materiali fu notevole. Si ampliarono i porti e si estese il sistema viario. Ebbe una rapida

⁷ D. ACEMOGLU, J. ROBINSON, S. JOHNSON, *Institutions as a Fundamental Cause of Long-run Growth*, World Bank, Working Paper n. 10, 2008, p. 8.

diffusione, già tra il 1830 e il 1848, la rete telegrafica. Si diede un forte impulso a un mezzo di trasporto suscettibile di avere un doppio impiego, civile e militare: la ferrovia⁸. Questo sforzo richiese ingenti risorse pubbliche, per cui furono incrementate le entrate dello Stato; i disavanzi aumentarono com'era inusuale al di fuori dei tempi di guerra. Crebbe anche il coinvolgimento dei privati, in veste di finanziatori, progettisti e realizzatori delle nuove infrastrutture. Negli Stati Uniti d'America, il loro ruolo fu ancor più significativo che in Europa. Tuttavia, si realizzò entro una cornice di regole e controlli ben più fitto di quanto lasci pensare la schematizzazione che enfatizza la *freedom of commerce*, sull'assunto che bastassero le cosiddette forze spontanee del mercato⁹. All'inizio del nuovo secolo, lo segnalò Roscoe Pound, criticando l'indebito rafforzamento del potere esecutivo da parte del legislatore¹⁰.

Anche per la Rivoluzione francese, vi è una pluralità di vedute. All'interpretazione della storiografia marxista in termini di lotta di classe¹¹, se ne sono contrapposte altre, incentrate sulla lotta per la libertà e per l'eguaglianza, che furono al centro anche dei

⁸ F. FRANKFURTER – I. JENNINGS, *Courts and Administrative Law: the Experience of English Housing Legislation*, in *Harvard L. Rev.* (49), 1936, p. 426.

⁹ A.A. BERLE, *The Expansion of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.* (30), 1917, p. 437; M.B. ROSENBERY, *Administrative Law and the Constitution*, in *Am. Pol. Sc. Rev.* (23), 1929, p. 34.

¹⁰ R. POUND, *Executive Justice*, in *Am. Law Reg.* (55), 1907, p. 138, il cui apporto è stato sottolineato da K.C. DAVIS, *Dean Pound and Administrative Law*, in *Colum. L. Rev.* (42), 1942, p. 89.

¹¹ Nel *Manifesto del partito comunista* (1848), il potere politico era definito «il comitato di affari che amministra gli interessi comuni dell'intera borghesia».

moti del 1848, in tutta l'Europa. Quei valori assunsero una portata universale, furono enunciati nei codici e nelle costituzioni di molti Paesi, malgrado le forze della restaurazione. Al di là dei dispositivi normativi, si era innestato un più profondo processo di mutamento dei concetti fondamentali del diritto pubblico, finanche nella terminologia utilizzata nel linguaggio corrente, al centro del quale vi erano i diritti, oltre ai doveri¹². Nuove istituzioni furono create, istituzioni plurisecolari subirono profonde trasformazioni. Mutò il ruolo dello Stato.

Un utile modo per illustrare la portata di quel mutamento, per darne una spiegazione, consiste nel fare riferimento all'analisi di Alexis de Tocqueville. La scelta di farvi riferimento è giustificata, oltre che dall'ammirazione per il giurista e pensatore eclettico e dal valore intrinseco delle ricerche svolte, dalla condivisione di due punti di metodo da cui egli muoveva. Il primo è il convincimento che solo la comprensione di ciò che è effettivamente accaduto e accade possa rendere le scienze sociali utili, soprattutto allorché ci si pone di fronte ad accadimenti, non solo con l'intenzione di spiegarli¹³, ma anche con la dichiarata finalità di ricercare le leggi invariabili delle società in cui gli uomini sono riuniti («*les règles invariables qui régissent les sociétés*»)¹⁴, senza alcuna forma di condi-

¹² E. GARCIA DE ENTERRIA, *La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Editorial Civitas, 2009, 3° ed.

¹³ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1821), vol. I, libro I, capitolo IV.

¹⁴ Per la tesi che la comparazione sia il principale strumento analitico di Tocqueville, L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, 1985.

visione di tali leggi¹⁵. Il secondo punto di metodo è l'uso dell'analisi comparata delle istituzioni. Nelle opere di Tocqueville, la comparazione ebbe notevole spazio, non fu mai fine a se stessa, né mero sfoggio di erudizione¹⁶.

In uno scritto riguardante il trattato di diritto amministrativo pubblicato da Louis-Antoine Macarel, Tocqueville segnalò la valenza generale delle istituzioni amministrative francesi¹⁷. Prese le mosse dal cambiamento intervenuto nella società, nei bisogni che da essa affioravano. Sottolineò che, per soddisfare quei bisogni, occorre apparati e forme di azione che, nell'insieme, presentavano una diversità rispetto al passato. La diversità era profonda, era di natura e non di grado. Se pure vi erano nelle istituzioni precedenti i primi elementi costitutivi del diritto amministrativo, cioè del diritto «politico» riguardante l'amministrazione, altre forze ne avevano in seguito determinato l'affermazione, dando luogo a un diritto nuovo rispetto al passato.

Quel diritto si fondava su un insieme di principi generali privi della sanzione formale del legislatore

¹⁵ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus* (1950), tr. it. a cura di C. Mainoldi, Milano, Adelphi, 1987, p. 27 («è un vinto che scrive la storia»).

¹⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution*, cit., Livre I, Ch. IV. Sul dibattito in sede storiografica, S. MANNONI, *Pro e contro Tocqueville*, in *Quad. fior.* (48), 2019, p. 727.

¹⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel, intitulé Cours de droit administratif*, in *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville. Etudes économiques, politiques et littéraires par Alexis de Tocqueville*, Paris, Lévy, 1866, p. 63. Nella letteratura secondaria, S. CASSESE, *Une des formes de l'Etat nouveau du monde. Reflexions sur le droit administratif français*, in *Act. jur. dx. adm.*, 1995, p. 167.

(«*principes généraux et maximes absolues*»)¹⁸. Alcuni di quei principi e gli istituti giuridici che ne traevano ispirazione erano contestabili, secondo Tocqueville, per la loro incidenza negativa sulle libertà. Lo erano, in particolare, nel quadro della giustizia amministrativa¹⁹. Tuttavia, si trattava di principi e d'istituti nuovi, che erano destinati a essere imitati, seguiti dagli altri popoli europei. Attraverso un processo sicuro, ancorché non necessariamente lineare, quei principi e istituti si sarebbero imposti, non per l'originalità e l'importanza della tradizione francese, ma per la loro conformità con la condizione degli uomini²⁰. Il diritto amministrativo si sarebbe così, per «naturale» diffusione, generalizzato e consolidato, sia pure in fasi diverse nel resto del mondo. Quella che veniva individuata era, insomma, una tendenza a convergere, se non una vera e propria legge in senso naturalistico, alla cui base vi era il passaggio dal mondo in cui lo Stato svolgeva soltanto le tradizionali funzioni sovrane (difesa esterna, tutela dell'ordine pubblico, amministrazione della giustizia), a un mondo che, se nel complesso respingeva le idee di Marx, accettava la centralità dei servizi pubblici.

Tra quanti sottolinearono il nuovo ruolo dello Stato vi fu Léon Aucoc, nei corsi impartiti presso l'*École nationale des ponts et chaussées* a partire dal

¹⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur le livre de M. Macarel*, cit., p. 66.

¹⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur le livre de M. Macarel*, cit., p. 68.

²⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport sur le livre de M. Macarel*, cit., p. 71 («*notre droit administratif deviendra graduellement celui du monde civilisé, ... grâce à sa conformité avec la condition des hommes de notre temps*»).

1865²¹. Egli studiò i lavori pubblici e le concessioni ferroviarie. Ne trasse spunti utili per delineare una teoria del diritto amministrativo fondata su tre elementi. Il primo era che l'amministrazione doveva assumere la cura degli interessi generali della collettività, come nell'*ancien régime*, ma in rapporto a nuovi interessi, relativi all'utilizzo delle infrastrutture materiali (ponti, canali, ferrovie) e all'accesso ai servizi individuali erogati dalle organizzazioni pubbliche (asili, ospedali, ospizi, teatri). Il secondo era la dimensione, per dir così, aziendale della pubblica amministrazione, investita del compito di ben gestire le risorse finanziarie e di eseguire – a guisa d'intendente o di uomo d'affari²² – i lavori necessari per il mantenimento e il miglioramento dei beni comuni, in entrambi i casi mediante atti di gestione. Infine, vi era la dimensione autoritativa, che si concretizzava nell'emanazione di atti d'imperio, per acquisire risorse tramite l'imposizione fiscale e per reprimere le condotte contrastanti con la legge.

Questo filone di pensiero ebbe il suo maggiore esponente in uno dei grandi maestri del diritto pubblico, Léon Duguit, secondo cui l'Ottocento aveva prodotto una «grande trasformazione»²³. Essa derivava dal mutamento delle condizioni materiali e di

²¹ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869, pp. 12-13. Dell'opera di Cormenin, De Gerando e Macarel dà conto J.L. MESTRE, *L'histoire du droit administratif*, in P. GONOD – F. MELLERAY – P. YOLKA (sous la direction de), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, I, p. 40.

²² L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit*, cit., p. 20.

²³ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. IX.

quelle intellettuali o spirituali. Le prime erano determinate dall'incremento dei bisogni nelle società umane, man mano che queste divenivano più complesse, aumentando l'interdipendenza. Duguit incluse tra tali bisogni quelli soddisfatti dai servizi postali e telegrafici, dalle ferrovie, dall'illuminazione²⁴. Quanto alle condizioni intellettuali, criticò aspramente le concezioni – che considerava metafisiche, affini ai dogmi religiosi – del potere sovrano e dei diritti individuali. Propose un'innovativa ricostruzione complessiva, sistematica dell'ordinamento, al cui centro vi era il *service public*²⁵. L'esistenza dei poteri autoritativi dello Stato era quindi giustificata, legittimata dall'erogazione dei servizi, anziché da un'astratta nozione di sovranità, soprattutto dopo che la Rivoluzione francese aveva messo in primo piano la nazione²⁶.

Se ciò conferma la lungimiranza di Tocqueville, resta da comprendere quali principi e regole, derivanti dalla natura dei bisogni espressi dal corpo sociale e dalle idee del tempo abbiano finito per configurarsi come invarianti, esistenti dovunque quei bisogni fossero avvertiti e quelle idee fossero ammesse e condivise. Lo furono in varie parti dell'Europa continentale, sia pure in diversi momenti. In Italia, il maggiore interventismo dello Stato in campo economico e sociale si manifestò già alla fine del secolo. Vittorio Emanuele Orlando constatò che l'espansione del diritto amministrativo era più rapida rispetto alle altre discipline giuridiche, nessuna delle quali

²⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., p. 32.

²⁵ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., p. 33.

²⁶ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., p. 12 (con richiami a Tocqueville).

«investe di sé tanta parte del mondo moderno»; segnalò l'incremento dei servizi pubblici ed espresse preoccupazione per le loro inevitabili ricadute sui bilanci pubblici²⁷.

Contrariamente ai paradigmi teorici allora imperanti in Inghilterra, il cambiamento si manifestò negli Stati Uniti d'America. I mutati bisogni e le nuove idee in cui Tocqueville aveva ravvisato la ragion d'essere del diritto amministrativo furono condivisi. Ma, probabilmente non a caso, si deve a uno studioso americano di origine tedesca, Ernst Freund, il merito di aver attirato l'attenzione dei giuristi su di essi. Freund mise in luce un importante dato di ordine quantitativo: le leggi aventi ad oggetto l'amministrazione, intesa come attività, sopravanzavano di gran lunga le leggi riguardanti il diritto civile e penale. Per quanto tale flusso legislativo fosse «caotico e asistemico», era nella «natura delle cose» che dovesse rispondere ad alcuni «principi uniformi», limitando e regolando l'azione del potere pubblico. Era questo lo scopo del diritto amministrativo²⁸. Eppure, proprio

²⁷ V.E. ORLANDO, *Prefazione*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, Milano, SEI, 1897, pp. XII-XIII. A Orlando è stata mossa la critica di aver visto in ciò la crescita dell'ingerenza pubblica (M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 7), ma si trattava di un punto di vista condiviso dai principali giuristi dell'epoca.

²⁸ E. FREUND, *The Law of the Administration in America*, in *Pol. Sc. Quart.* (9), 1894, p. 403. In senso conforme, J.L. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, New Haven, Yale University Press, 2012. Per una diversa ricostruzione, che colloca l'affermazione del diritto amministrativo nel linguaggio giuridico nel periodo tra le due guerre, L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 5.

in quegli anni, nel Regno Unito, ne veniva negata l'esistenza, sebbene un altro studioso tedesco, Rudolf Gneist, ne avesse fornito tempo prima una ricostruzione molto attenta ai cambiamenti che provenivano dalla legislazione sociale dell'epoca vittoriana²⁹.

1.2. Scontro di sistemi?

Per una di quelle vicende di cui la storia delle idee è ricca, all'insegnamento di Tocqueville si richiamarono sia Maurice Hauriou, sia Albert Venn Dicey, con esiti opposti.

Hauriou cercò di conciliare la prospettiva di Tocqueville, che metteva in primo piano la tutela degli interessi della collettività, con una prospettiva diversa, incentrata sul potere. Ciò che contraddistingueva uno Stato ben regolato era l'esistenza d'una serie di servizi resi al pubblico, alcuni dei quali erogati dallo Stato stesso o da altre persone giuridiche pubbliche e detti quindi servizi pubblici, per distinguerli dai servizi di analoga natura forniti dagli organismi privati, detti servizi di pubblica utilità. Ma vi era un'altra dimensione, quella dell'autorità e del potere, ossia la «*puissance publique*». Hauriou ne fece la pietra angolare del diritto amministrativo. Affermò che il suo tratto tipizzante consisteva nel *régime administratif*, inteso come assetto istituzionale

²⁹ R. GNEIST, *Das englische Verwaltungsrecht* (1860), di cui la seconda edizione fu tradotta da Isacco Artom nella *Biblioteca di scienza politica* curata da Attilio Brunialti: *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, Torino, Utet, 1896. Sulla rapida espansione delle funzioni relative agli interessi sociali e culturali, M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. a cura di G. Giordano, *Economia e società*, Milano, Edizioni di comunità, 1996, IV, p. 5.

contraddistinto da una serie di prerogative dell'amministrazione esorbitanti dal diritto comune; che, senza di esso, non vi era un vero diritto amministrativo³⁰; che, ben lungi dalle visioni «deformanti» dei civilisti³¹, i rapporti tra l'autorità pubblica e gli amministrati erano rapporti di potere, non fondati sull'eguaglianza. Ciò si manifestava, in particolare, nell'atto amministrativo, dotato dall'ordinamento di efficacia esecutiva nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive dei privati («*décision exécutoire unilatérale*»)³². Non si nascose i problemi che ne derivavano dal punto di vista della tutela dei diritti, che in gran parte poggiava sul giudice amministrativo. Ma espresse un giudizio lusinghiero sul ruolo nomopoietico che il Consiglio di Stato aveva svolto, elaborando i principi generali cui le pubbliche amministrazioni dovevano attenersi.

Come previsto da Tocqueville, a quei principi generali si ispirarono anche altri ordinamenti, segnatamente la Germania. A tal fine, il contributo di Otto Mayer presenta un'indubbia importanza. Dapprima egli si impegnò a fondo e con rigore nell'apprendimento del diritto amministrativo francese³³. In seguito, si dedicò alla redazione di un trattato di diritto amministrativo riguardante non una singola parte della Germania, come la Baviera o la Prussia, ma l'intero «sistema», che andava sorgendo e di cui fu

³⁰ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose et Forcel, 1893, 2° ed., p. XIII («*le régime administratif est une certaine manière d'être de l'Etat*»).

³¹ M. HAURIUO, *Précis*, cit., p. VI.

³² M. HAURIUO, *Précis*, cit., p. IX e 419.

³³ O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strasburg, Trübner, 1886.

il primo e principale teorico: un sistema imperniato sull'atto amministrativo e sulla giustizia amministrativa³⁴. L'ancoraggio al diritto francese era giustificato dal fatto che esso esercitava un duplice ruolo: a volte, era riguardato come il modello cui tendere; altre volte, era direttamente applicato, come d'altronde era già successo tempo addietro per il codice civile francese.

L'osservazione di Mayer sulla valenza esemplare del diritto amministrativo francese ha ricevuto conferme nel Novecento³⁵. Ha avuto conseguenze di ampia portata. Esse non si manifestano soltanto nell'impianto sistematico, ma anche nel linguaggio scientifico. Se il diritto pubblico dell'Europa continentale ha fatto grandi passi avanti nel darsi un linguaggio uniformemente accettato dagli studiosi, è anche perché, tra Otto e Novecento, gli ordini concettuali – come l'atto amministrativo e la giustizia amministrativa³⁶ – divennero più o meno gli stessi, mal-

³⁴ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1894), tr. fr. dell'A., *Droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière, 1905. Sul ruolo fondamentale di Mayer nella costruzione del «sistema scientifico del diritto amministrativo», E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel* (1964), tr. it. a cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 174; Id., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* (1966), tr. fr. a cura di M. Fromont, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 107. Sull'altra visione del diritto amministrativo, E. KAUFMANN, *Verwaltung und Verwaltungsrecht* (1914), tr. it. a cura di F. Cortese, *Amministrazione e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 36.

³⁵ F. FLEINER, *Avant-propos pour l'édition française*, in *Les principes généraux du droit administratif allemand*, tr. fr. a cura di C. Eisenmann, Paris, Delagrave, 1932, p. 6.

³⁶ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., pp. 78-79.

grado la diversità degli assetti istituzionali. In ciò, vi è una tendenza comune con il diritto privato³⁷.

Sull'altra sponda della Manica, Dicey prese molto sul serio la sistematica prospettata da Hauriou. Da essa, però, prese le distanze in modo netto, sulla scia delle riflessioni critiche di Tocqueville. Il senso di tale divaricazione può cogliersi in una serie di passaggi, ben concatenati tra loro nel trattato dedicato al diritto costituzionale. Secondo il giurista vittoriano, il *droit administratif*, quale si era sviluppato in Francia e in altri Paesi dell'Europa continentale, si ispirava a una concezione dispotica del potere, che si manifestava segnatamente nello speciale regime di responsabilità riservato ai funzionari dello Stato, oltre che nell'esistenza di un giudice speciale³⁸. Dicey spinse questa linea di ragionamento sino a sostenere che nulla di simile esisteva, né poteva esistere in Inghilterra, perché alla base del suo diritto pubblico vi era la *rule of law*. Quest'ordine di concetti, che preesisteva a Dicey ma che egli conformò nei termini utilizzati in seguito nella riflessione giuridica anglosassone, imponeva che la condotta dei poteri pubblici e quella dei soggetti privati fossero rette dal medesimo diritto («*the ordinary law of the land*»)³⁹ e fossero sottoposte al controllo del medesimo giudice. Era la conseguenza di un diverso modo d'intendere la separazione dei poteri, nel quadro di un assetto istituzionale imperniato sulla *sovereignty of Parliament*⁴⁰.

³⁷ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, p. 9.

³⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1894), London, MacMillan, 1961, 10° ed., pp. 328-329.

³⁹ A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, cit., pp. 328-329.

⁴⁰ A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, cit., p. 329.

L'anatema di Dicey nei confronti del *droit administratif* è stato sottoposto a critiche serrate dai contemporanei e dagli studiosi successivi. Tra i contemporanei, Gaston Jèze ebbe buon gioco ad affermare che l'analisi di Dicey era frutto di un travisamento, perché era incentrata su una parte del diritto amministrativo, ossia la responsabilità, che non era certamente l'unica, né la più importante; inoltre, trascurava l'insieme delle regole riguardanti lo svolgimento dei compiti pubblici, che esistevano anche nel Regno Unito, come in tutti i paesi civili⁴¹. Anche l'americano Frank Goodnow osservò che la locuzione «diritto amministrativo» era gradualmente entrata nel lessico giuridico, ottenendo adesioni dai teorici e dai pratici⁴².

Tra gli studiosi inglesi successivi a Dicey, William Robson e Ivor Jennings sottolinearono che il suo trattato di diritto costituzionale non rispecchiava la realtà effettuale tra Otto e Novecento: per la Francia, aveva tenuto conto d'una limitata porzione del diritto amministrativo, oltre tutto trascurandone l'evoluzione, «ignorando il resto»⁴³; per l'Inghilterra, movendo da una determinata versione del pensiero liberista, egli aveva proposto evidentemente un «altro mondo» rispetto a quello in cui attecchivano e si sviluppavano gli istituti volti a proteggere gli interessi delle classi meno abbienti⁴⁴.

⁴¹ G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 1925, 3rd ed., pp. 1-2.

⁴² F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, New York, G. Putnam's Sons, 1902, p. 7.

⁴³ I. JENNINGS, *Administrative Law and Administrative Jurisdiction*, in *J. Comp. Leg.* (20), 1938, 99.

⁴⁴ W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, London, Stevens, 1928, p. 3.

Oggi il regime giuridico che Dicey descrisse oltre un secolo fa, riassumibile nell'espressione «amministrazione senza diritto amministrativo», non esiste più. Un nuovo regime giuridico dell'amministrazione pubblica si è affermato nella prima metà del Novecento, si è consolidato dopo il 1945, con l'avvento del *Welfare State*⁴⁵. Esso ha risentito profondamente dell'adesione alla Comunità europea. È, secondo una diffusa opinione, un regime giuridico ormai ordinato in sistema e, quanto meno in alcuni principi fondamentali, non dissimile da quello prevalente negli altri Paesi europei⁴⁶.

Ci si può chiedere se il diritto inglese abbia condiviso quei principi da ben più lungo tempo. Lo studioso che più di altri si è cimentato in questa linea di ricerca è Paul Craig. Egli ha dimostrato che, al di là delle dichiarazioni liberiste di principio, già nell'Ottocento la disciplina pubblica delle attività impre-

⁴⁵ W. ROBSON, *Administrative Law in England, 1919-1948*, in LORD CAMPION (ed.), *British Government since 1918*, London, Allen & Unwin, 1956, p. 85. Sull'emergere di un vero e proprio «sistema» è spesso citata l'opinione adesiva di Lord Denning in *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Business* (1982): M. RADFORD, *Controllo giurisdizionale e controllo dell'esecutivo*, in M.P. CHITI, (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 40; M. SUNKIN, *Il 'judicial review' e lo sviluppo del diritto pubblico in Inghilterra*, ivi, p. 130; LORD WOOLF, *Il più grande risultato delle corti inglesi*, ivi, p. 176.

⁴⁶ J. JOWELL, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni amministrative nel diritto inglese: l'evoluzione dei principi sostanziali*, in M.P. CHITI, (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, cit., p. 171. L'importanza dell'approccio di tipo sistematico è condivisa nella riflessione giuridica (F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, cit., p. 34), segnatamente nell'impostazione culturale che fa capo a Hans Kelsen: A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, tr. it. a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1987, p. 213.

ditoriali modificò il sistema degli equilibri di potere nelle istituzioni e nella società civile⁴⁷. Ha illustrato come la questione della legalità si è in varia guisa nei diversi momenti storici legata all'idea che, quando il Parlamento attribuisce poteri alle autorità pubbliche, è sottinteso – una vera e propria presunzione, ancorché superabile – che essi debbano essere esercitati nel rispetto di alcuni criteri generali, desumibili dalla *natural justice*⁴⁸. Una più recente indagine sul principio di proporzionalità, in passato ritenuto alieno al diritto pubblico inglese⁴⁹, ha scavato a fondo nella giurisprudenza del Settecento. Ha radiografato l'emergere, nelle decisioni giudiziarie, di modelli di controllo sull'adempimento delle funzioni amministrative da parte delle autorità pubbliche. Ha documentato il consolidarsi dell'idea che le autorità pubbliche dovessero farsi carico dell'interesse generale non in forme che implicassero oneri oltremodo gravosi per i privati⁵⁰.

La revisione critica svolta da Craig non è isolata nella cultura giuridica inglese del nostro tempo. In essa, si è acquisita piena consapevolezza che le con-

⁴⁷ P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 5° ed, p. 55.

⁴⁸ P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 20; H.W.R. WADE, *Administrative Law* (1967, 2° ed.), tr. it. a cura di C. Geraci, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 71, con riferimento al *fair play*.

⁴⁹ J. JOWELL – A. LESTER, *Proportionality: neither novel nor dangerous*, in J. JOWELL – D. OLIVER (eds.), *New Directions in Judicial Review: Current Legal Problems*, London, Stevens, 1988, p. 51.

⁵⁰ P. CRAIG, *Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective*, in S. VOGENAUER – S. WEATHERILL (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart, 2017), p. 145.

clusioni cui Dicey era giunto erano fondate su «presupposti errati»⁵¹, erano «anacronistiche» già allora⁵², tanto da non poter costituire un valido punto di riferimento per il diritto pubblico del suo tempo⁵³. Si è spinta ancor più oltre la revisione critica del suo pensiero, affermando che, lungi dal descrivere la realtà, Dicey ne ha fornito una rappresentazione falsata⁵⁴, per via dell'adesione alla concezione d'uno Stato minimo⁵⁵.

E purtuttavia, un giudizio complessivo non dovrebbe trascurare il dato di fondo rappresentato dalla profonda influenza del pensiero di Dicey, un vero e proprio lascito intellettuale. Pur se inadeguato come rappresentazione dell'ordine degli eventi reali, anche per la prevalenza della componente prescrittiva su quella descrittiva, il suo trattato di diritto costituzionale ha avuto conseguenze profonde, durature. Il rifiuto d'un qualsivoglia giudice speciale, che nella cultura anglosassone evoca l'abborrita *Star Chamber* dell'assolutismo regio, è stato pressoché unanimamente condiviso. Innumerevoli ricercatori hanno svolto i propri studi all'interno del «paradigma» delineato da Dicey⁵⁶. Legioni di giuristi inglesi si sono for-

⁵¹ H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 68; P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 15.

⁵² M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981, p. 112.

⁵³ P. LEYLAND – G. ANTHONY, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 8° ed., p. 1.

⁵⁴ N. LEWIS – I. HARDEN, *The Noble Lie*, London, Hutchinson, 1986.

⁵⁵ C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 3° ed., p. 2.

⁵⁶ F.H. LAWSON, *Le droit administrative anglais*, in *Rev. int. dr. comp.* (3), 1951, p. 412.

mate sul suo trattato di diritto costituzionale, pubblicato in più edizioni tra il 1894 e il 1961⁵⁷. Per almeno altri due decenni, i giudici si sono mostrati riluttanti a riconoscere l'esistenza di un «sistema di diritto amministrativo», con l'avallo degli autori delle trattazioni istituzionali più diffuse⁵⁸. Alla rappresentazione che egli diede della realtà hanno prestato fede non pochi studiosi del diritto amministrativo e del diritto comparato, come Massimo Severo Giannini, Jean Rivero e René David⁵⁹. Può ben dirsi, quindi, che il pensiero di Dicey abbia assecondato e favorito la formazione di un'altra *mentalité* nel diritto pubblico, di un prototipo più che di un idealtipo, nel senso che verrà precisato nella parte finale di questo saggio.

1.3. Un'interpretazione alternativa

Quanto appena osservato spiega perché il quesito finale non è se il diritto amministrativo esista nell'Inghilterra attuale, né se esso esistesse alla metà del secolo scorso, quando vari studiosi europei seguitavano ad aderire alla risposta negativa data da Dicey. Non è

⁵⁷ Ancora nel 1938, I. JENNINGS, *Administrative Law and Administrative Jurisdiction*, cit., p. 99 segnalava la difficoltà incontrata nel cercare di far comprendere agli studenti lo sviluppo impresso dalla legislazione parlamentare al diritto amministrativo.

⁵⁸ Come S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, New York, Oceana, 1959, da cui si trasse lo spunto per osservare che il diritto amministrativo, che per un lungo periodo era stato «*the Cinderella of the legal subjects*», si era ormai affermato: A.N. ALLOTT, *Review of S.A De Smith, Judicial Review of Administrative Action*, in *Journal of African Law* (3), 1959, p. 212.

⁵⁹ J. RIVERO, *Droit administratif* (1960), Paris, Dalloz, 2006, p. 15 ; R. DAVID, *Le droit anglais*, Paris, PUF, 1965; i riferimenti all'opera di Giannini sono indicati *infra*, cap. VI, § 2.

nemmeno se lo studio del diritto amministrativo possa tuttora essere fondato sul paradigma tradizionale, cioè sulla contrapposizione tra il modello francese e quello inglese, com'era abituale fino in passato. Vari studi, a volte assai accurati, hanno già evidenziato i difetti di questa impostazione culturale: la disattenzione per l'ordine degli eventi reali, l'enfatizzazione dell'uno o dell'altro modo d'intendere il liberalismo nell'Ottocento, un malcelato compiacimento nazionalistico⁶⁰. Si può aggiungere che tale impostazione culturale ha sopravvalutato l'importanza di quei due modelli, trascurandone altri, segnatamente il modello austriaco.

In una prospettiva costruttiva, l'indagine è volta a verificare un'ipotesi alternativa, una congettura, ossia che vi fossero non soltanto triangoli culturali come quelli prima richiamati tra Hauriou, Mayer e Orlando, ma anche importanti punti di contatto e di saldatura tra le istituzioni giuridiche, fors'anche una comunanza delle strutture profonde del diritto pubblico. Giova dire subito che non ci si propone di sostituire al tradizionale paradigma, imperniato sulla contrapposizione tra il modello francese e quello inglese e in generale sull'enfatizzazione delle diversità tra i diritti amministrativi, un paradigma uguale e opposto, che accentui soltanto «ciò che ci unisce» anziché ciò che ci divide⁶¹.

⁶⁰ S. FLOGAITIS, *Administrative Law et Droit Administratif*, Paris, Pichon, 1986; S. CASSESE, *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 12; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 14.

⁶¹ Come propone G. ALFA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *ASTRID – Rassegna* (18), 2005, p. 10.

La chiave per intendere l'importanza della comunanza e della diversità è, insieme, storica e comparata. È storica, perché, per mettere in discussione un paradigma consolidato, come quello secondo cui i diritti amministrativi sono il prodotto dello Stato, di ciascuno Stato, cioè una sorta di *enclave* nazionale, non basta mostrarne l'inadeguatezza in rapporto alla situazione in cui l'Europa unita versa. L'indagine va estesa dal confronto tra i diritti di oggi alle vicende passate⁶². Inoltre, non può essere limitata ai diritti amministrativi che apparivano già assestati tra Otto e Novecento, ma deve estendersi a quelli che allora erano in via di consolidamento. Allo stesso modo, la comparazione incentrata sull'oggi non può essere circoscritta ai tre o quattro ordinamenti europei che sono solitamente presi in considerazione dai giuristi. Deve dare adeguato spazio agli altri, inclusi quelli a torto ritenuti minori, che spesso offrono preziosi spunti per comprendere l'entità e la direzione dei processi di imitazione e d'influenza reciproca.

Così configurata, la congettura è evidentemente di notevole spessore teorico. Attorno ad essa, il pensiero giuridico troverebbe un rinnovato motivo nel valorizzare una grande tradizione. Non è priva di rilievo sul piano della ricostruzione dei singoli principi e istituti giuridici. Può dare nerbo ai dubbi sulla *vulgata* secondo cui il principio di proporzionalità è

⁶² D. GERBER, *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?*, in *Am. J. Comp. L.* (46), 1998, p. 650. Per una prima enunciazione di questo programma di ricerca, G. DELLA CANANEA, *Per uno studio storico e comparato della giustizia amministrativa*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto amministrativo italiano, comunitario e comparato*, Padova, Cedam, 2010, p. 23.

di origine tedesca e si è insinuato nei vari diritti nazionali sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia⁶³. Soprattutto, può fornire spunti per un'analisi della disciplina del procedimento amministrativo consapevole dell'importanza dei tratti comuni e ricorrenti, nonché delle profonde differenze.

Per far ciò, è indispensabile fare chiarezza sui limiti che l'attuale letteratura attorno al «diritto amministrativo comparato» presenta, in sé e con riferimento all'Europa, allo spazio giuridico che in essa si è instaurato. Passando dalla prospettiva critica sull'esistente alla prospettiva costruttiva, si dovranno illustrare le ragioni sottostanti alla scelta dell'angolo visuale della ricerca – il procedimento amministrativo⁶⁴ – e dei criteri generali ai quali attenersi nella scelta degli ordinamenti da includere nella comparazione. A questi compiti sono dedicati i prossimi due capitoli. I due capitoli successivi espongono i giudizi di risultato parziale ottenuti dalle prime due linee di ricerca già svolte, relativamente ai principi dell'azione amministrativa emersi tra Otto e Novecento e all'attuale regime giuridico della responsabilità pubblica. Le implicazioni che scaturiscono dalle verifiche effettuate sono considerate congiuntamente nell'ultimo capitolo, che stila una sorta di primo bilancio e indica il tragitto che resta da compiere.

⁶³ Per la Francia, si veda la sentenza del 19 maggio 1933 nell'*affaire Benjamin*, richiamata da M. ANDENAS – E. BJORGE, *Les principes généraux du droit comme outils de résolution des conflits de norms*, in *La scène juridique: harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Paris, Dalloz, 2018, p. 25.

⁶⁴ In senso conforme, R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 105.

CAPITOLO 2
LA COMPARAZIONE
DEI DIRITTI AMMINISTRATIVI, IN EUROPA

Contrariamente a quanto talvolta si afferma⁶⁵, nello studio dell'amministrazione e del suo diritto l'attenzione per gli altri ordinamenti non è un fenomeno nuovo o di marginale importanza. A questa lacuna relativa alla conoscenza dell'opera dei giuristi del passato, si aggiungono un difetto in punto di metodo, perché pochi sono gli studi autenticamente comparati, e una limitazione conoscitiva. Quest'ultima si manifesta per quanto riguarda il modo di concepire la comparazione all'interno delle unioni di Stati su base regionale, segnatamente in Europa.

2.1. Dai diritti stranieri alla legislazione comparata

Un rapido sguardo è sufficiente per rendersi con-

⁶⁵ J. BOUGHEY, *Administrative Law: the Next Frontier for Comparative Law*, in *Int'l & Comp. L. Q.* (62), 2013, p. 55 e, in termini più sfumati, G. NAPOLITANO, *Introduzione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, p. IX. Nel senso del testo, J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé. Le contrôle juridictionnel de la légalité dans l'Europe des Six*, Paris, Les cours de droit, 1956-57, p. 14; J. BELL, *Comparative Administrative Law*, in M. REIMANN – R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1260; M. D'ALBERTI, *Lo sviluppo del diritto amministrativo comparato*, in G. DELLA CANNANA – J. ZILLER (a cura di), *Il nuovo diritto pubblico europeo. Scritti in onore di Jean-Bernard Auby*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 102.

to sia dell'esistenza d'una varietà di lavori riguardanti gli altri diritti amministrativi nazionali, sia dei loro limiti. I pratici furono lesti a rendersi conto dell'utilità d'uno sguardo sulle istituzioni pubbliche di altri Stati. Per tutto il corso dell'Ottocento, varie soluzioni legislative furono adattate ad altri contesti, se non semplicemente imitate, diverse acquisizioni giurisprudenziali soprattutto francesi furono recepite altrove. Ciò corrispondeva, in parte, a una tendenza più generale, giustificata dal fatto che il codice civile emanato nella Francia napoleonica fu direttamente applicato in altri Paesi, mentre in altri costituì il modello di riferimento. Quella tendenza si manifestò con modalità peculiari nel campo dell'amministrazione e del diritto a essa applicabile, per via dell'indubbio divario che in questo ambito esisteva tra la Francia e altri Paesi.

Tra i teorici, l'attenzione per gli altri diritti amministrativi si manifestò, in particolare, nei lavori di due precursori: Giandomenico Romagnosi e Anselme Batbie. L'interesse prevalente del primo concerneva la ricerca di principi generali, con importanti spunti relativi alla buona amministrazione e alla proporzionalità⁶⁶. Il secondo si impegnò nel confrontare

⁶⁶ Il riferimento è alle *Instituzioni* di Romagnosi, ripubblicate da E. ROTELLI, *Romagnosi 1814 «Instituzioni di diritto amministrativo»*, Bologna, Il Mulino, 2014. Santi Romano riconosceva all'A. il merito di aver formulato la prima esposizione scientifica del diritto amministrativo: *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 443. Ne sottolineano l'originalità anche F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 10-11 e G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.* (17), 2012, p. 1. Altri ritengono invece che

l'assetto d'interessi determinato all'interno di alcuni ordinamenti in rapporto a vari aspetti, come la difesa della libertà di stampa e la tutela della proprietà in caso di espropriazione⁶⁷. Va peraltro sottolineato che all'epoca gli altri diritti erano riguardati come diritti stranieri, non nell'ottica della comparazione⁶⁸. Di qui l'osservazione che lo sviluppo del diritto comparato «è stato la conseguenza... della nazionalizzazione che si è prodotta nella concezione stessa del diritto del XIX secolo»⁶⁹.

Un altro limite era l'eccessiva enfasi posta sul disegno legislativo. La sua importanza emerge appieno nel trattato di Eduard Laferrière sulla giurisdizione amministrativa⁷⁰. Laferrière è da annoverare tra i giuristi capaci di fornire un contributo alla teoria generale senza perdere il contatto con la realtà effettuale, anzi traendone alimento per evitare errori. Il suo trat-

Romagnosi sia stato sopravvalutato: A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 9.

⁶⁷ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence. La comparaison de notre législation avec les principales lois politiques et administratives de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l'Allemagne et de l'Espagne. La comparaison de nos institutions actuelles avec celle de la France avant 1789*, Paris, Cotillon, 1861.

⁶⁸ J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 9. Su questa distinzione, M. REIMANN, *Comparative law and neighbouring disciplines*, in M. BUSSANI – U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., p. 15.

⁶⁹ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (1977), tr. it. a cura di R. SACCO, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 2.

⁷⁰ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887-1888.

tato fornì il primo inquadramento sistematico della giustizia amministrativa⁷¹, con chiarimenti e spunti utili non solo per il diritto francese. Fin dalla prima edizione, incluse un ampio capitolo sulla legislazione comparata, in cui erano delineati i principali modelli di controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa. La seconda edizione si aprì con un'introduzione in cui erano segnalati i principali sviluppi recenti, in particolare l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato in Italia, a testimonianza dell'attenzione che essa ebbe al di là delle Alpi. Si inserisce in questo filone di studi anche l'opera di Antonio Salandra sulla giustizia amministrativa nei «governi liberi». In essa, il riconoscimento della diversità delle soluzioni esperite dai vari ordinamenti era accompagnato e bilanciato dall'individuazione d'una comune matrice, ricondotta alle istanze dello Stato di diritto⁷².

Al di là del merito intrinseco di ciascun contributo colpisce in molti studi l'enfasi posta sulla legge, particolarmente evidente nel capitolo dedicato da Laferrière alla legislazione comparata. Sulle cause di questo orientamento si può prospettare un'ipotesi, suscitata da una semplice constatazione. L'Ottocento fu il secolo in cui emerse un crescente interesse per la legislazione straniera. Un ruolo di primaria importanza fu svolto dalla *Société de Legislation Comparée*, fondata a Parigi nel 1869. Sebbene le sue attività riguardassero prevalentemente il diritto privato e concernessero i codici, occasionalmente furono tradotti anche i testi di varie leggi amministrative e alcuni

⁷¹ J.L. MESTRE, *L'histoire du droit administratif*, cit., p. 46.

⁷² A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Utet, 1904.

commentari⁷³. Nel riferimento alla legislazione, si palesava la fiducia riposta nella legge. In ciò, però, si annidava un inconveniente. Si riteneva che bastasse conoscere le leggi per comprendere il funzionamento degli istituti giuridici⁷⁴.

Ci si rese conto più tardi che l'esegesi delle disposizioni legislative era insufficiente. Lo era, in particolare, nell'ambito del diritto amministrativo⁷⁵. In nessun Paese europeo esso ebbe una cornice legislativa che fosse anche lontanamente paragonabile alla poderosa architettura dei codici civili. Furono i giudici, sulla base di quelle disposizioni legislative, a elaborare i principi generali del diritto amministrativo⁷⁶. Alcuni anni fa, due giuspubblicisti francesi hanno icasticamente osservato che, se si fosse abrogato con un tratto di penna il codice civile, non vi sarebbe più stato il diritto civile, mentre se si fossero abrogate tutte le leggi amministrative, l'essenziale del diritto amministrativo

⁷³ F.J. GOODNOW, *Review of E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative*, in *Pol. Science Quart.* (11), 1896, p. 353.

⁷⁴ D. LEVY, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*, Paris, LGDJ, 1957, p. 1.

⁷⁵ G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, in *Sc. & Pol.*, 2010, p. 30. La constatazione era diffusa a metà del secolo scorso: G. Miele, *Italian Administrative Law*, in *Int'l & Comp. L. Quart.* (3), 1954, p. 421; O. Bachof, *German Administrative Law with Special Reference to the Latest Developments in the System of Legal Protection*, *ivi* (2), 1953, p. 370.

⁷⁶ M. HAURIOU, *Droit administratif*, cit., p. 6. Nella letteratura recente, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2016, 21° ed., p. 33; F. MERUSI, *Lo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 124; E. GAMERO CASADO – S. FERNANDEZ, *Manual básico de derecho administrativo*, Sevilla, Tecnos, 2017, 14° ed., p. 48.

sarebbe rimasto in piedi, perché era definito dal giudice amministrativo⁷⁷. È un giudizio che forse pecca per eccesso, ma sottolinea una profonda differenza.

2.2. *I limiti del diritto amministrativo comparato*

Passando dalla fase meno recente della riflessione giuridica a quella attuale, essa presenta tre inconvenienti: la locuzione stessa «diritto comparato»; la scarsità di studi autenticamente comparati; il difetto di specificazione relativamente all'Europa e alle altre aree d'integrazione regionale.

La locuzione «diritto comparato» è insoddisfacente, perché non designa una branca della normativa positiva esistente all'interno di un ordinamento giuridico⁷⁸. Anzi, l'indagine comparata presuppone l'esistenza di due o più ordinamenti giuridici⁷⁹. È l'esistenza di tali ordinamenti, anche all'interno di una struttura di grado superiore, a permettere e rendere proficuo il raffronto tra di essi, cioè la comparazione o, meglio, l'analisi comparata del diritto⁸⁰.

L'altro inconveniente si concretizza quando ci si limita alla compilazione e alla giustapposizione del-

⁷⁷ G. VEDEL – P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, cit., p. 107.

⁷⁸ J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 5.

⁷⁹ O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Rev. int. dr. comp.* (53), 2001, p. 275; G. BERMAN, *The discipline of comparative law in the United States*, in *Rev. int. dr. comp.* (51), 1999, p. 1042; R.B. SCHLESINGER, *Introduction: the Comparative Method – its Purpose and Promise*, in R.B. SCHLESINGER e.a., *Comparative Law: Cases, Texts, Materials*, New York, Foundation Press, 1988, 5° ed., p. 1.

⁸⁰ R. POUND, *Comparative Law in Space and Time*, in *Am. J. Comp. L.* (4), 1955, p. 70 («science comparée du droit»); M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 7.

le soluzioni fornite da due o più ordinamenti, senza procedere alla fase successiva, ossia alla comparazione propriamente detta⁸¹. Esso è evidente in una ricerca progettata, realizzata e pubblicata quasi trent'anni fa, grazie ad alcuni studiosi della scuola romana, sul diritto amministrativo nel suo complesso⁸². La ricerca beneficiò dell'apporto di alcuni tra i più eminenti giurispubblicisti dell'epoca, tra cui Eduardo Garcia de Enterría, William Wade e Georges Vedel: si devono loro analisi accurate, tuttora utili. Il problema è che, al di là di un impianto a grandi linee comune, in quella ricerca manca un capitolo introduttivo o finale, che effettui un raffronto tra gli ordinamenti selezionati. Il risultato è che i volumi pubblicati allineano una serie di saggi di diritto straniero.

Al contrario, lo studio condotto due decenni prima da Jean-Marie Auby e Michel Fromont⁸³ era delimitato nell'ambito oggettivo, incentrato sul controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, e nell'ambito soggettivo, relativo ai sei Paesi fondatori della Comunità. Mostrava consapevolezza della necessità di non accontentarsi della mera giustapposizione di istituti giuridici nazionali, che vanno confrontati. Assolvevano questo compito sia la parte metodologica iniziale, sia il capitolo finale, in cui erano esaminati

⁸¹ D. LEVY, *La responsabilité de la puissance publique en Angleterre*, cit., p. 2; M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, cit., p. VII («*comparison consists of presenting descriptions of a number of legal systems side by side, ... with no particular end in view*»).

⁸² G. MOTZO (ed.), *Administrative Law: the Problem of Justice*, Milano, Giuffrè, 1990-1991, 3 volumi.

⁸³ J.M. AUBY – M. FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Paris, Dalloz, 1971.

i tratti comuni tra i sei ordinamenti e quelli distintivi ed erano fornite alcune spiegazioni, più o meno convincenti, ma sempre utili, per esempio riguardo all'impugnativa degli atti a contenuto generale⁸⁴.

L'aver fatto riferimento a questo studio giova anche per segnalare che nella letteratura relativa al «diritto amministrativo comparato» vi è un difetto di specificazione. Esso riguarda l'influsso che sulla comparazione esercitano i processi di globalizzazione e d'integrazione regionale⁸⁵. I diritti amministrativi si inscrivono nelle tendenze che l'attuale fase della globalizzazione ha rafforzato, sollecitando gli ordinamenti nazionali a confermarsi a criteri generali e standard, a dotarsi di nuovi e più moderni controlli⁸⁶. Vi è, peraltro, un'importante, profonda, differenza tra il partecipare a queste tendenze generali e l'essere coinvolti nell'integrazione più stretta in atto in alcune regioni del mondo, segnatamente in Europa dopo il 1950.

È stato Jean Rivero a cogliere il punto chiave: da quel momento in poi, il diritto amministrativo non è più stato ancorato al territorio, ai confini nazionali, nello stesso modo in cui si riteneva che lo fosse in precedenza. Egli impartì per più anni l'insegnamen-

⁸⁴ Si veda la recensione di D.B. MITCHELL, *Review of J.M. Auby and M. Fromont, Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, in *Int'l & Comp. L. Quart.* (21), 1972, p. 193.

⁸⁵ Una riprova è nell'avvio, nel 1953, d'una comparazione tra i principali sistemi amministrativi europei, sulla base del questionario pubblicato in *Int'l & Comp. L. Quart.* (2), 1953, p. 217. Vi contribuirono Giovanni Miele per l'Italia e Otto Bachof per la Germania, con gli scritti richiamati nella nota 75.

⁸⁶ S. CASSESE, *Global Standards for National Administrative Procedure*, in *Law & Cont. Probl.* (68), 2005, p. 109; P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law*, cit. p. 576.

to del diritto amministrativo comparato⁸⁷, arricchendo il bagaglio culturale di tutti gli studiosi⁸⁸. Quei lavori sono una miniera preziosa di problemi, punti di vista, riferimenti di teoria generale. È alla luce degli scritti di Rivero che assume senso l'approccio problematico con cui si è aperta questa parte dello studio, notando come la locuzione «diritto amministrativo comparato» sia insoddisfacente.

Rivero fu anche uno dei primi a richiamare l'attenzione dei giuristi sullo statuto giuridico dell'amministrazione all'interno delle Comunità europee. Nel 1958, segnalò che l'integrazione più stretta in Europa si fondava sull'esistenza di un sostrato comune e a sua volta l'accentuava⁸⁹. Venti anni dopo, corroborò quella ricostruzione notando l'apporto dei vari ordinamenti, delle varie culture, al diritto comune⁹⁰. Entrambi gli aspetti, iniziando dal primo, verranno considerati in distinti paragrafi. Una sintesi verrà tentata nel paragrafo conclusivo.

⁸⁷ J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé. Le contrôle juridictionnel de la légalité dans l'Europe des Six*, cit.. L'A. ha richiamato quell'esperienza in *Le droit administratif en droit comparé: rapport final*, in *Rev. int. dr. comp.* (41), 1989, p. 919.

⁸⁸ Per questo giudizio, J.F. GARNER, *Review of S. Flogaitis, Administrative Law et Droit Administratif*, in *Am. J. Comp. L.* (36), 1988, p. 567; G. VEDEL – P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, cit., p. 99; J. SCHWARZE, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, in F.G. SNYDER (ed.), *The Europeanization of Law: the Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart, 2000, p. 164.

⁸⁹ J. RIVERO, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, in *AFDI* (4), 1958, p. 295.

⁹⁰ J. RIVERO, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, in M. CAPPELLETTI (sous la direction de), *Nouvelles perspectives du droit commun de l'Europe*, Firenze-Bruxelles, 1978, p. 389.

2.3. *Il diritto amministrativo oltre lo Stato*

Un tratto saliente dell'integrazione europea è la dimensione amministrativa. Prima ancora che nei Trattati di Parigi (1952) e di Roma (1957), essa emerse nell'atto genetico dell'integrazione, il discorso pronunciato dal Ministro degli esteri francese Schuman il 9 maggio del 1950⁹¹. Per risolvere il secolare conflitto tra gli Stati europei, Schuman propose di mettere da parte la tradizionale concezione della sovranità, affidando a un'Alta Autorità potestà sovraordinate rispetto a quelle istituzioni nazionali. Il ruolo politico della nuova istituzione si combinò con l'adempimento di funzioni amministrative.

Si pose così il problema di come fosse possibile assicurare che le funzioni amministrative fossero adempiute in modo legittimo ed evitare indebiti favoritismi su base nazionale. La soluzione non fu ricercata nel controllo da parte dell'assemblea comune, che aveva un ruolo soltanto consultivo, bensì nel diritto, nelle sue regole e nel controllo del loro rispetto da parte di un'apposita corte. Furono mutate le principali caratteristiche del più importante giudice amministrativo d'Europa, il *Conseil d'État*. Lo dimostrano l'organizzazione della Corte di giustizia, arricchita della presenza di avvocati generali sul modello del *commissaire du gouvernement*; la sua vocazione di assicurare il rispetto del diritto, di ogni *règle de droit*, nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati; l'articolazione dei motivi di ricorso, ivi inclusi lo

⁹¹ Per una rivisitazione, J.H.H. WEILER, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: an Exploratory Essay*, in J. DICKSON – P. ELEFThERIADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 146.

sviamento di potere e la violazione delle forme sostanziali. Queste erano le condizioni iniziali, che non è esagerato considerare quali derivazioni del diritto francese⁹².

L'istituzione dell'Alta Autorità incrinò il convincimento che quella statale fosse l'amministrazione per antonomasia, pur se essa rimase l'amministrazione per eccellenza. Come negli Stati membri, così nella Comunità, l'amministrazione fu assoggettata a un corpo di regole e di controlli⁹³. Ciò mise in discussione l'idea che il diritto amministrativo non fosse che un ramo del diritto dello Stato⁹⁴. Le modalità con cui la Corte di giustizia si volse a colmare le lacune del nuovo ordinamento segnarono un'ulteriore differenza rispetto al periodo anteriore al 1950. La disposizione del Trattato di Roma riguardante la responsabilità

⁹² Lo avevano segnalato J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 13 e F. BENVENUTI: *La C.E.C.A. ordinamento sovrano*, in *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Padova, Cedam, 1961, p. I. Lo ha confermato Maurice Lagrange, uno tra i più autorevoli avvocati generali: *The Court of Justice of the European Communities from the Schuman Plan to the European Union*, in *La construction européenne. Mélanges Fernard Dehousse*, Bruxelles, Editions Labor, 1979, p. 127.

⁹³ J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1986; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* (1), 1991, p. 351; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 2° ed.

⁹⁴ M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (48), 2000, p. 321; A. VON BOGDANDY, *Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area*, in *I-CON* (12), 2014, p. 985. Ha espresso preoccupazione per la sottovalutazione dello Stato O. BEAUD, *L'Etat*, in P. GONOD-F. MELLERAY - P. YOLKA (sous la direction de), *Traité de droit administratif*, cit., I, p. 210.

che suole dirsi extracontrattuale (articolo 215 TCE) ha una valenza più ampia, è espressione del più generale ancoraggio del diritto europeo ai diritti nazionali⁹⁵. A tali diritti la Corte attinse ampiamente fin dagli anni Cinquanta. Utilizzò il metodo comparato per rinvenire i principi generali del diritto comuni, da adeguare alle peculiarità dell'ordine giuridico europeo. Lo notò un filosofo del diritto particolarmente attento al ragionamento giudiziario, Chaim Perelman. Egli sottolineò l'apporto fondamentale degli avvocati generali e dei giudici della Corte di giustizia alla definizione di quei principi⁹⁶.

L'Europa unita ha quindi presentato fin dalla metà del Novecento, e ancor di più presenta oggi, tratti strutturali propri, se non unici, per il fatto di avere una propria amministrazione, nonché per il confronto

⁹⁵ J.V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, Bruxelles, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali della Comunità europea, 1989, 3° ed., p. 93.

⁹⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique* (1976), tr. it. *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 124. Un importante contributo analitico è P. PESCATORE, *Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. int. dr. comp.* (32), 1980, p. 337 (secondo cui l'adozione di soluzioni comuni postula la comparazione). Per la notazione che la Corte di giustizia non ha cercato d'individuare un minimo comune denominatore tra i diritti nazionali, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 20. Per la distinzione tra l'assorbimento e l'importazione dei principi, K. LENAERTS – K. GUTMAN, «Federal Common Law» in the European Union: A Comparative Perspective from the United States, in *Am. J. Comp. L.* (54), 2006, p. 16. Sulla nuova prospettiva transnazionale, O. DUBOS, *Le droit administratif et les situations transnationales: des droits étrangers au droit comparé?*, in F. MELLERAY (sous la direction de), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 75.

tra le varie culture giuridiche che si confrontano all'interno delle istituzioni comuni. All'iniziale influenza francese si sono aggiunte le sollecitazioni provenienti da altre culture giuridiche, più attente all'apertura dei moduli procedimentali, alla trasparenza verso il pubblico. Questa specificità sollecita, impone, un raffronto tra i diritti nazionali, non più concepiti come stranieri, e quello dell'Unione europea⁹⁷.

2.4. I diritti amministrativi nello spazio giuridico europeo

Gli ordinamenti sovranazionali presentano importanza anche perché ripristinano la circolazione dei principi e degli istituti giuridici tra un ordinamento e l'altro, che era stata indebolita dal prevalere del positivismo e del nazionalismo giuridico. Essa si manifesta, per dir così, in modo verticale e orizzontale.

Agiscono nella prima direzione i trattati istitutivi delle due organizzazioni europee, l'Unione europea e il Consiglio d'Europa, gli atti adottati dalle loro istituzioni politiche la giurisprudenza delle corti sovranazionali. I trattati, pur avendo un variabile rango all'interno degli ordinamenti nazionali, conformano lo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica. Esso risente anche della cornice di regole, più o meno vincolanti, definite dagli organi delle due organizzazioni sovranazionali. Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha formulato varie raccomandazioni sull'adempimento delle funzioni amministrati-

⁹⁷ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (51), 2003, p. 35; S. ROSE-ACKERMANN – P. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Elgar, 2017, 2° ed.

ve. Alcune riguardano i procedimenti amministrativi, l'esercizio dei poteri discrezionali⁹⁸, gli atti che coinvolgono numerosi soggetti, la responsabilità pubblica. Esse hanno un'indubbia importanza perché, muovendo da principi ritenuti condivisi, consigliano un certo corso di azione, ne sconsigliano un altro. Ne consegue, se non l'obbligo di conformarsi a quei principi, quello di giustificare le scelte difformi.

Nell'Unione europea, il legiferare delle istituzioni incide direttamente sulla cornice giuridica. Molti regolamenti hanno imposto vincoli ai poteri pubblici nazionali, conformandone l'azione. Moltissime direttive hanno stabilito una disciplina tanto dettagliata da non lasciare spazio al legislatore nazionale in sede di attuazione, in quella che è detta l'amministrazione indiretta delle politiche comuni. Questa conformità si è tradotta in una parziale armonizzazione in qualche settore, come gli appalti pubblici, e per alcuni istituti, come le autorizzazioni generali nel campo delle comunicazioni elettroniche⁹⁹. In altri campi, la tendenza all'avvicinamento delle disposizioni nazionali è chiaramente in atto. In quello che può dirsi lo

⁹⁸ *Resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities; Recommendation n. R 80 (2) concerning the exercise of discretionary powers by administrative authorities.* Sullo status della Convenzione nei diritti nazionali, H. KELLER – A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

⁹⁹ Al quesito se il progredire dell'armonizzazione riduca l'area della comparazione, si è per ora data risposta negativa: M.P. CHITI, *Jean-Bernard Auby e il diritto comparato*, in G. DELLA CANANEA – J. ZILLER (a cura di), *Il nuovo diritto pubblico europeo*, cit., p. 61. Che l'analisi comparata debba occuparsi di come i poteri pubblici nazionali attuano gli obblighi comuni, è notato da J. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1277.

spazio giuridico europeo, dunque, l'amministrazione pubblica è soggetta ai principi stabiliti dagli ordinamenti sovranazionali¹⁰⁰.

L'altra caratteristica dello spazio giuridico europeo non è meno rilevante e significativa: si tratta del ripristinarsi dei nessi orizzontali tra gli ordinamenti nazionali, indeboliti ma non cancellati dal nazionalismo giuridico¹⁰¹. L'importanza di tali nessi si è manifestata nel riconoscimento dell'esistenza di principi generali del diritto comuni agli ordinamenti nazionali; nell'attenzione che i giudici nazionali dedicano al seguito che altrove è dato alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁰²; nella loro

¹⁰⁰ Per questa nozione, M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Clueb, 2003, p. 321; A. VON BOGDANDY, *Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area*, cit., p. 980. Sui principi relativi all'amministrazione, C. FRANCHINI, *European Principles Governing National Administrative Proceedings*, in *Law & Cont. Probl.* (68), 2005, p. 183; S. KADELBACH, *European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration*, in C. JOERGES – R. DEHOUSSE (eds.), *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 167. Sulla distinzione tra amministrazione diretta e indiretta, J. ZILLER, *Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration*, in J.B. AUBY – J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 2° ed., p. 325; P. CHIRULLI, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA – B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 145.

¹⁰¹ S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, I, p. 10.

¹⁰² M. FROMONT, *Le juge français et la Cour européenne des droits de l'homme*, in R. BIEBER e.a. (hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Mensrechte. Festschrift für Georg Ress*, Köln, Carl Heymans Verlag, 2005, p. 972.

disponibilità ad annettere rilievo agli orientamenti consolidati delle altre corti, ai fini dell'interpretazione del proprio ordinamento¹⁰³. La conoscenza delle regole degli altri ordinamenti è indispensabile ai fini dell'applicazione del principio di equivalenza delle regole nazionali, elaborato dalla Corte di giustizia nella notissima sentenza *Cassis de Dijon* e presto applicato dalla Commissione nella costruzione del mercato unico¹⁰⁴. Lo è anche ai fini della cooperazione tra le amministrazioni nazionali, richiesta dal Trattato di Lisbona e dalle discipline che istituiscono apposite strutture a rete, al cui interno le amministrazioni coinvolte possono fruire delle migliori prassi.

Queste forze, queste tendenze, descritte distintamente per semplicità espositiva, nella realtà effettuale interagiscono. Nello sforzo di dare piena attuazione alle regole e alle *guidelines* emanate dagli ordinamenti sovranazionali, sovente gli amministratori pubblici si sforzano di colmare le carenze interne al proprio sistema, individuando le soluzioni più acconce adottate altrove. Il punto chiave è il configurarsi del diritto

¹⁰³ Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, nella sentenza n. 2/2009, si è ispirato all'orientamento del giudice amministrativo tedesco secondo cui l'amministrazione deve rimuovere il provvedimento la cui persistenza sia «semplicemente insopportabile».

¹⁰⁴ Corte di giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, su cui si segue la ricostruzione di J.H.H. WEILER, *Mutual Recognition, Functional Equivalence and Harmonization in the Evolution of the European Community and the WTO*, in F. PADOA SCHIOPPA (ed.), *The Principles of Mutual Recognition in the European Integration Process*, London, Palgrave, 2005, p. 25; J. BOULOUIS, *Groupement régionaux d'Etats et droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.* (22), 1970, pp. 237-238, sottolinea la differenza rispetto agli istituti del diritto internazionale privato.

to amministrativo e pubblico in guisa nuova, rispetto al periodo antecedente alla metà del Novecento, nel senso del ravvicinamento delle regole di diritto cui le autorità pubbliche sono sottoposte, all'interno dello spazio amministrativo europeo¹⁰⁵. Ne discendono varie implicazioni per la comparazione giuridica.

2.5. *Comparazione e integrazione europea*

Non di rado, gli studi con ambizioni comparative non tengono nel debito conto le particolari forme di confronto e interazione tra i diritti, che si realizzano in alcune regioni del mondo. Sembra quasi che si possano comparare ugualmente, con il medesimo metodo, gli istituti giuridici – poniamo – degli USA e dell'Etiopia, da un lato, e quelli dell'Italia e della Francia, senza rendere ragione, nel secondo caso, di un fattore spesso ignorato nelle analisi formali degli istituti giuridici, anche perché di esso non è facile tenere conto, ossia l'influenza delle tradizioni comuni. Esse hanno un'importanza speciale in Europa, pur avendone, in potenza o in atto, anche altrove¹⁰⁶.

¹⁰⁵ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, cit., p. 3; A. VON BOGDANDY, *Common principles for a plurality of orders*, cit., p. 989. Questo A. è anche il coordinatore, insieme a Peter Huber, di un'importante opera in più volumi, lo *Ius Publicum Europaeum*, al cui centro vi è l'idea che i giuristi debbano concepire la comparazione alla luce dello spazio giuridico europeo. Sullo «spazio amministrativo europeo», M.P. CHITI – A. NATALINI, *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012; E. CHÉVALIER, *L'espace administratif européen*, in J.B. AUBY – J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 451.

¹⁰⁶ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 13, con riferimento al diritto belga e a quello francese.

Relativamente all'Europa, la questione va imposta tenendo conto di una duplice peculiarità. Si tratta, da un lato, della presenza non di uno, ma di due tipi di tradizioni costituzionali: quelle comuni e quelle nazionali, tra cui vi è una relazione dialettica ed evolutiva¹⁰⁷; dall'altro lato, dell'azione delle organizzazioni sovranazionali. Esse non eliminano l'autonomia degli Stati membri, ma la inquadrano in una cornice di regole e controlli.

All'interno del Consiglio d'Europa, l'autonomia di ciascuno Stato è tutelata dalla Convenzione e dalla Corte di Strasburgo. Lo strumento che la Corte utilizza è il margine di apprezzamento di cui ogni Stato dispone nell'attuare quei diritti, purché ne sia fatto salvo il nucleo essenziale: un limite che soggiace a controlli, primo tra tutti quello sulla proporzionalità¹⁰⁸.

Nell'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia ha effettuato un bilanciamento tra due opposte esigenze. Ha riconosciuto l'autonomia procedurale degli Stati, ma l'ha circondata di garanzie, onde evitare discriminazioni. Ha attinto ai diritti statali, definendo una varietà di principi, come la legalità, la tutela del legittimo affidamento, il *due process of law*, la proporzionalità. Ha affermato l'esistenza di «tradizioni costituzionali comuni»¹⁰⁹, sulle quali si inne-

¹⁰⁷ P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati nazionali*, tr. it. a cura di I. Schraffl, Milano, Giuffrè, 2006, p. 59.

¹⁰⁸ A. STONE SWEET – J. MATTHWES, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2019; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, 2° ed., p. 236.

¹⁰⁹ Corte di giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, § 4, su cui v. P. HUBER, *Recht*

sta la stessa Convenzione. Il 1992 è stato un anno di svolta. Un'importantissima disposizione del Trattato istitutivo dell'Unione, l'articolo 6, ha effettuato un rinvio alle «tradizioni costituzionali comuni», attribuendo loro lo status di principi generali del diritto dell'Unione, pur se resta da chiarire cosa debba intendersi per «tradizione». Ancor meno chiara è la disposizione che salvaguarda l'identità nazionale degli Stati, ma, se interpretata unitamente a un'ulteriore disposizione, che garantisce la diversità dei diritti e delle tradizioni giuridiche nazionali all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹⁰, può dirsi che ne risulti una garanzia della persistenza della diversità. Quest'ultima, tuttavia, deve esplicitarsi nel rispetto dei diritti fondamentali che si configurano come tradizioni costituzionali comuni¹¹¹, che si desumono dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza applicativa, cui rinvia la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione¹¹².

Sembra quindi *prima facie* non infondata un'interpretazione dei rapporti tra i diritti amministrativi europei non imperniata sulla tradizionale contrappo-

der Europäischen Integration, Munchen, Verlag Vahlen, 2002, p. 150; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 25.

¹¹⁰ Articolo 4 (1) TUE; articolo 68 TFUE.

¹¹¹ Preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

¹¹² Articolo 52 (3) della Carta dei diritti fondamentali. Nel senso del testo, K. LENAERTS – K. GUTMAN, «*Federal Common Law*» in *the European Union: A Comparative Perspective from the United States*, cit., p. 16; S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States of the European Union»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (66), 2017, p. 939; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER – J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien-NY, Springer, 2008, p. 235.

sizione tra il modello francese e quello inglese, più articolata, eclettica, che tenga conto anche dell'influenza esercitata dalle istituzioni sovranazionali: oltre a trarre spunto da quei diritti, esse vi influiscono, a mò di retroazione. Quantomeno, questa ipotesi è meritevole di più attenta verifica.

Tale verifica verrà impostata su basi diversi rispetto ai due approcci prevalenti nello studio del diritto in Europeo: l'approccio di tipo integrativo, che coltiva soprattutto i motivi comuni tra i diritti nazionali, e l'approccio di tipo contrastivo, che enfatizza le differenze¹¹³. Non vi è alcuna necessità di preferire l'uno all'altro. Entrambi prestano il fianco a una duplice critica, sul piano descrittivo e prescrittivo. Una descrizione concentrata prevalentemente o esclusivamente sulle analogie tra i diritti nazionali o sulle loro peculiarità è, inevitabilmente, limitata, distorsiva rispetto alla complessità dei fenomeni da osservare. Sul piano prescrittivo, è indebitamente limitata, fuorviante, un'analisi giuridica che non tenga conto dell'esistenza di tradizioni giuridiche comuni, oltre a quelle nazionali. La discontinuità, dopo il 1950, è nettissima, non può essere sottovalutata¹¹⁴.

¹¹³ Per quest'ordine di idee, R. SCHLESINGER, *The Past and Future of Comparative Law*, in *Am. J. Comp. L.* (43), 1995, p. 747. Per una rivendicazione delle diversità, nell'ottica del pluralismo, C. HARLOW, *Voices of Difference in a Plural Community*, in *Am. J. Comp. L.* (50), 2002, p. 360.

¹¹⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Thought* (1992), tr. it. *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 489. Sull'importanza di un approccio dinamico, non statico, M. BUSSANI – U. MATTEI, *Diapositive versus movies – the inner dynamics of the law and its comparative account*, in Id. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., p. 3.

CAPITOLO 3
UNA RICERCA SUL NUCLEO COMUNE
DEI DIRITTI AMMINISTRATIVI IN EUROPA

I tratti salienti della nuova ricerca possono essere sintetizzati nei termini seguenti. Diversamente dai pur utili lavori rivolti alla definizione di un corpo organico di precetti giuridici, l'obiettivo principale della ricerca è l'avanzamento delle conoscenze. Diversamente dalla tradizione consolidata nel campo del diritto amministrativo, essa è incentrata sui procedimenti, anziché sul controllo giurisdizionale dell'amministrazione. Si prefigge l'obiettivo di verificare se i diritti amministrativi in Europa presentino, oltre a numerose e rilevanti differenze, alcuni tratti comuni, che fungano da elementi connettivi. La chiave per intenderne l'importanza è insieme storica e comparata, sicché alla comparazione di tipo sincronico si affiancherà una comparazione di tipo diacronico. Entrambe verteranno su una pluralità di ordinamenti giuridici, non necessariamente gli stessi. Ciò solleva una serie di questioni riguardanti la scelta degli esperti da coinvolgere, al di là della ristretta cerchia degli studiosi che hanno contribuito alla definizione del progetto e al coordinamento della sua realizzazione.

3.1. Una ricerca per l'avanzamento delle conoscenze

È utile richiamare, con le qualificazioni rese necessarie dalla diversità del contesto, la distinzione – di

cui forse soprattutto Rodolfo Sacco si è fatto sostenitore – tra la ricerca finalizzata all’avanzamento delle conoscenze disponibili e la ricerca mossa da scopi eminentemente pratici. L’analisi comparata, lungi dal configurarsi come strumento per il legislatore o per il giudice alla ricerca di soluzioni più convenienti, dovrebbe essere volta ad acquisire conoscenze ulteriori e più approfondite rispetto a quelle di cui disponiamo, per favorire il progresso scientifico¹¹⁵. Ciò non esclude che possano esservi inferenze utili ad altri scopi, ma si tratta – appunto – d’altro.

Alla luce di questa precisazione si può meglio distinguere la finalità della ricerca che viene presentata sia dalla ricorrente aspirazione d’una parte della scienza del diritto pubblico a individuare i requisiti di una «amministrazione ottimale»¹¹⁶, sia dagli studi aventi, in via prevalente o esclusiva, lo scopo di agevolare l’armonizzazione dei diritti nazionali. Quest’ultimo scopo ha contraddistinto vari studi recenti e meno recenti sulla responsabilità pubblica¹¹⁷, nonché, nell’ambito del diritto privato, il cosiddetto

¹¹⁵ R. SACCO, *Legal formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. J. Comp. L.* (39), 1991, p. 5; ID., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Marseille, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1991, p. 5. In termini simili, J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 12.

¹¹⁶ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 25.

¹¹⁷ H. MOSLER (ed.), *Liability of the State for Illegal Conduct of its Organs*, Köln, Heymanns Verlag, 1967; K. OLIPHANT, *Introduction*, in K. OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 3; W. VAN GERVEN, *The Emergence of a Common European Law in the Area of Tort Law: the EU Contribution*, in D. FAIRGRIEVE – M. ANDENAS – J. BELL (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002, p. 125.

«*common frame of reference*»¹¹⁸, cui sono state mosse critiche sia sul piano scientifico, sia su quello della politica del diritto¹¹⁹.

Pur avendo precisato che lo scopo della presente ricerca è un altro, bisogna guardarsi da un rischio cui – secondo Martin Shapiro – soprattutto i giuristi sono esposti. Il rischio è che la strada d'una ricerca animata dalle migliori intenzioni possa tuttavia condurre a risultati diversi, se non opposti, cioè all'individuazione di corpo di principi generali reputati comuni, meritevoli d'una speciale considerazione da parte dei legislatori e delle corti, dunque in qualche misura vincolanti. Ne risulterebbe una sorta di eterogeneità dei fini¹²⁰. Il rischio è accentuato dall'esistenza dell'Unione europea, dalla propensione delle sue istituzioni politiche a farsi portatrici di iniziative volte all'armonizzazione dei diritti. Vale quindi la pena d'interrogarsi sulla natura delle difficoltà che la ricerca incontrerà e che dovrà superare. Oltre alla difficoltà di elaborare una visione d'assieme, che tenga nel debito conto i tratti comuni e distintivi, vi è la difficoltà che si annida all'interno d'ogni gruppo di studiosi che si consolida e che nel consolidarsi spesso tende a vedere le cose in modo più simile. Per fronteggiare questi rischi, per evitare che essi si concretizzino, una

¹¹⁸ N. JANSEN – R. ZIMMERMANN, «*A European Civil Code in All But Name*»: *Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge L. J.* (69), 2010, p. 98.

¹¹⁹ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, Torino, Einaudi, 2010, p. 69; P. LEGRAND, *Against a European Civil Code*, in *Modern L. Rev.* (60), 1997, p. 44.

¹²⁰ M. SHAPIRO, *The Common Core: Some Outside Comments*, in M. BUSSANI & U. MATTEI (eds.), *Making European Law. Essays on the Common Core*, Trento, Università degli studi, 2000, p. 123.

risposta adeguata può essere ricercata solo sul piano dell'equilibrio tra quei tratti comuni e distintivi. Occorrerà trovare e coltivare entrambi gli aspetti. Potrà contribuire l'ampliamento della cerchia degli esperti nazionali coinvolti nella ricerca. Gioverà senz'altro il ritorno da parte dei giuristi al confronto con gli studiosi delle altre scienze che studiano le pubbliche amministrazioni.

Detto ciò, non si può escludere *a priori* che la ricerca possa fornire un supporto sul versante dell'insegnamento e della formazione specializzata. Può fornirlo all'insegnamento, perché quanti studiano giurisprudenza o altre scienze sociali possono beneficiare di conoscenze più approfondite e meglio organizzate, su base comparata riguardanti le attività svolte dalle pubbliche amministrazioni e il regime giuridico cui sono sottoposte. Può fornirlo alla formazione specializzata, perché d'una migliore comprensione delle varie opzioni utilizzabili per risolvere i problemi con cui i pubblici poteri devono confrontarsi vi è un'indubbia necessità, soprattutto per i dirigenti, ai quali spetta la scelta delle soluzioni più appropriate in un determinato assetto istituzionale. Insomma, si potrà, forse occorrerà, trovare e coltivare, nei corsi di laurea e in quelli di formazione, nel tirocinio degli operatori del diritto un equilibrio migliore tra le specificità nazionali e le tendenze di fondo comuni a più ordinamenti. Ma si tratta di obiettivi distinti e ulteriori rispetto alla finalità precipua della ricerca, perché, prima di tutto e soprattutto, «*il faut faire de la science*» o, detto diversamente, vi è bisogno d'una «delucidazione scientifica del diritto pubblico»¹²¹.

¹²¹ Le citazioni sono tratte da G. JÈZE, *Les principes généraux*

Ciò pone una questione di metodo, ai fini della scelta del tema specifico.

3.2. *Uno studio del procedimento amministrativo*

Dalla letteratura concernente l'analisi comparata delle istituzioni giuridiche possono trarsi, se non delle regole, alcuni criteri di massima, al fine di precisare il tema della ricerca. Nel novero di tali criteri, vi è – per le ragioni esposte nel capitolo precedente – la necessità di tenere conto sia dei tratti comuni tra i diritti, sia di quelli distintivi.

Vi è, inoltre, la necessità d'individuare un equilibrio acconcio tra due opposti rischi: che l'ambito dell'indagine sia troppo ampio, ciò che inciderebbe negativamente sul grado di approfondimento¹²²; che esso sia troppo circoscritto, tanto da dare luogo a risultanze scarsamente significative. La metafora della mappa¹²³ può tornare utile sotto questo profilo, nel senso che occorre sì descrivere, nel nostro caso il diritto nella realtà dei suoi contenuti e delle sue forme, ma anche in modo fruibile da quanti vi abbiano interesse, pena l'inutilità.

Un terzo criterio si discosta dalla metafora della mappa. Diversamente da un cartografo, uno studioso delle istituzioni giuridiche deve sforzarsi di dare il senso e il significato del rapporto che si instaura tra le due grandi forze costituite dalla continuità e dal

du droit administratif, cit., p. I e C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, cit., p. 64. Per un approfondimento, J. CHEVALLIER – D. LOCHAK, *La science administrative*, Paris, PUF, 1980, p. 43.

¹²² J. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1265.

¹²³ M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1992, p. 35.

cambiamento. Fuor di metafora, non basta segnalare lo stato dell'arte: occorre dare conto delle tendenze, dei progressi, quando vi sono, e dei regressi, che non mancano, diversamente da quanto viene dato per scontato nelle impostazioni ottimizzanti.

Alla luce dei criteri richiamati, si è scelto di mettere al centro della ricerca il procedimento amministrativo. Ci si è discostati dal tema tradizionale, il controllo giurisdizionale, che è al centro, oltre che del trattato di Dicey, di quello di Bonnard negli anni Trenta¹²⁴. La ragione è che, per quanto esso sia stato e resti un angolo visuale utile, non è l'unico, né il migliore. Innanzitutto, il controllo giurisdizionale fornisce una visione riduttiva, perché indiretta, dell'azione amministrativa. Inoltre, si fonda su una reazione nei confronti dell'esercizio del potere. Perciò, risente inevitabilmente della diversa propensione delle parti private ad attivare i rimedi previsti dall'ordinamento, della capacità dei legali di fornire loro supporto, della disponibilità dei giudici a riconoscere la legittimazione dei ricorrenti. Infine, uno studio imperniato sul controllo giurisdizionale tende a sopravvalutare il momento dell'atto finale, il provvedimento, rispetto al procedimento. Ciò avviene per la comprensibile esigenza d'individuare un atto impugnabile, a fini di tutela. Ma si tratta pur sempre d'una tutela successiva¹²⁵, che non va sopravvalutata rispetto a tutto ciò che avviene prima che la decisione

¹²⁴ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration. Étude de droit administratif comparé* (1934), Paris, Dalloz, 2006, p. 3, ne indica i motivi.

¹²⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 11° ed., p. 3.

sia presa. Basti pensare all'importanza dell'audizione in cui l'interessato può difendersi dagli addebiti mossi all'inizio di un procedimento disciplinare o in cui i centri di riferimento d'interessi diffusi contestano la scelta dell'area dove collocare un impianto per lo smaltimento dei rifiuti.

Alla base della scelta del procedimento amministrativo come centro problematico della ricerca vi sono tre ragioni di fondo. La prima volge in positivo la critica appena formulata riguardo al controllo giurisdizionale. Il procedimento fornisce una visione diretta sia di ciò che i pubblici poteri devono fare e fanno, sia di come devono farlo e lo fanno. Essa è senz'altro preferibile a una visione indiretta.

Una seconda sollecitazione a mettere il procedimento al centro dell'indagine viene da un dato che può considerarsi assodato nella riflessione scientifica. Si tratta della tendenza alla procedimentalizzazione delle decisioni pubbliche¹²⁶, per via dell'emersione di innumerevoli interessi, diversi e non di rado contrapposti, e di una pluralità di centri di riferimento di tali interessi¹²⁷. È una tendenza generale, anzi generalissima, che coinvolge tutte le istituzioni delle democrazie liberali¹²⁸. Diversamente dai processi decisionali delle organizzazioni private, che sono regolati solo

¹²⁶ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (1969), tr. it. a cura di A. Febbrajo, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹²⁷ C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (5), 1956, p. 392. Sull'importanza degli studi riguardanti il procedimento nella dottrina italiana, A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.* (4), 2010, p. 761.

¹²⁸ J. WALDRON, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*,

per le vicende di tipo apicale (atti costitutivi, scelta dei componenti degli organi collegiali, approvazione dei bilanci), per le istituzioni pubbliche l'iter decisionale ha un'importanza fondamentale¹²⁹. Nell'attività dei parlamenti, il procedimento è il cuore del confronto tra le diverse forze politiche. Nell'attività delle corti, lo è il processo. Nell'attività amministrativa, è raro che si agisca «one shot»¹³⁰. Perfino gli atti nei quali nei quali sono esterne le decisioni a più alto tasso di discrezionalità presuppongono un minimo di procedimento per gli aspetti relativi alla proposta o ai controlli. Si è detto perciò che il procedimento è lo strumento, flessibile e differenziato, mediante cui le autorità che adempiono funzioni amministrative fronteggiano il torrente delle domande che mette a repentaglio la diga dello Stato¹³¹: è al centro del diritto amministrativo¹³².

in J.E. FLEMING (ed.), *Nomos* vol. 50, *Getting to the Rule of Law*, New York, New York University Press, 2011, p. 3.

¹²⁹ R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1992, 4° ed., p. 643; J.B. AUBY (sous la direction de), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, Bruylant, 2015.

¹³⁰ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 2000, 6° ed., p. 305, sulla scia di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

¹³¹ Per questa metafora, L.J. JAFFE, *Administrative Procedure Re-Examined: the Benjamin Report*, in *Harvard L. Rev.* (5), 1943, p. 704. Sugli inconvenienti che derivano dall'*interest representation model*, R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.* (88), 1974, p. 1669.

¹³² N. WALKER, *Review of Dennis J. Galligan, Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, in *Modern L. Rev.* (62), 1999, p. 962. In senso conforme, E. GELLHORN – G.O. ROBINSON, *Perspectives on Administrative Law*, in *Colum. L. Rev.* (75), 1973, p. 773 (secondo cui «the subject of judicial review of administration

Un'ulteriore ragione per scegliere il procedimento è la crescente importanza della sua disciplina. È stata la giurisprudenza a riconoscere il rilievo dell'attività preparatoria rispetto all'atto finale. È stata seguita dalla legislazione, a cominciare dall'Austria. Nella riflessione giuridica italiana, insieme con Feliciano Benvenuti, è stato Giorgio Pastori a distinguersi per la critica lucida, appassionata alla sottovalutazione del procedimento amministrativo, dei principi e delle regole che ne determinano la scansione in più fasi e che regolano le forme di esercizio delle potestà e dei diritti¹³³.

Alla metà degli anni Settanta, solo alcuni Paesi disponevano d'una disciplina di questo tipo ed essi erano riconducibili a due gruppi: quello degli ordinamenti su cui la codificazione austriaca aveva esercitato la sua influenza, la Germania e il gruppo degli ordinamenti scandinavi¹³⁴. Venti anni più tardi, si poteva constatare l'adozione di leggi sul procedimento amministrativo nella maggior parte dei Paesi dell'Unione europea, con le significative eccezioni della

... has diminished somewhat in importance vis-à-vis the administrative process»; J. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1277; G. BERGMANN, *Foreword*, in J.B. AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. I; M. Fromont, *Les types de procédure administrative*, in Id. (sous la direction de), *La procédure administrative non contentieuse en droit français*, London, Esperia, 2000, p. 15.

¹³³ G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964.

¹³⁴ C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, Paris, PUF, 1974. Sulla codificazione tedesca, P. BADURA, *L'attuale discussione sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Garanzia ed efficienza dell'azione amministrativa*, Napoli, Formez, 1980, p. 125.

Francia e dell'Inghilterra¹³⁵. Vi era quantomeno una tendenza comune¹³⁶. Nei venticinque anni successivi tale tendenza si è rafforzata. Anche la Francia si è dotata d'una disciplina legislativa nel 2015.

Ma si tratta pur sempre d'una tendenza, non d'una tradizione costituzionale comune. Vi è d'ostacolo l'assenza d'una disciplina legislativa del procedimento in Paesi che hanno fondato la Comunità o vi hanno aderito in seguito (Regno Unito) oppure più di recente (Romania). Non vanno trascurate, inoltre, le numerose e rilevanti differenze tra le discipline nazionali. Esse riguardano le finalità perseguite, l'ambito delle norme, il loro configurarsi come una disciplina di principio o di dettaglio, i rapporti tra le norme generali e quelle di specie, nonché con quelle emanate dagli altri enti territoriali, come le regioni e i *Länder*¹³⁷. Ciò non è, però, d'impedimento a un raffronto. Anzi, è proprio la compresenza di somiglianze e differenze a rendere l'indagine comparata particolarmente interessante e proficua.

¹³⁵ Sulle ragioni dell'assenza d'una disciplina in Francia e in Inghilterra, G. ISAAC, *La codification de la procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007; T. PROSSER, *Administrative Procedure and the Protection of Citizens' rights: Report from the United Kingdom*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, Jovene, 2007, p. 71.

¹³⁶ S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1993, V, 30.

¹³⁷ Per una rassegna delle varie discipline, J.B. AUBY (sous la direction de), *Codification of Administrative Procedure*, cit., 2014; J. BARNÈS (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993. Sui tratti distintivi tra la disciplina italiana e quella austriaca, F. MERUSI, *Per il ventennale della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (59), 2010, p. 939.

3.3. *Una comparazione diacronica e sincronica*

Dopo aver ribadito che la ricerca muove dall'assunto che la comunanza e la diversità contraddistinguono i diritti amministrativi e che la comparazione deve tener conto di entrambe, ci si deve chiedere come sia possibile farlo.

Nel passato, sono stati utilizzati principalmente due approcci: uno incentrato sulla storia delle teorie giuridiche, l'altro sul disegno legislativo degli istituti positivi. Il primo approccio ha avuto un'indubbia rilevanza nel diritto pubblico dell'Europa continentale. Esso è stato coltivato, tra Otto e Novecento, dall'indirizzo dogmatico¹³⁸, assecondando la tendenza ad astrarre dal reale che si era imposta nella filosofia tedesca. Movendo da un ordine concettuale astratto può essere difficile, se non oltremodo arduo, porre le basi per un confronto con altre culture, che non utilizzano quei concetti o sono riluttanti a elaborare nozioni astratte¹³⁹. Nelle varie culture giuridiche dell'Europa continentale la teoria dell'atto amministrativo è il cardine attorno a cui ruotano molti istituti; nella cultura giuridica anglosassone, non vi è una categoria del provvedimento, bensì un'ampia gamma di decisioni amministrative, talora qualificate come *quasi-judicial*, per sottolineare che esse sono astrette dalla *natural justice*.

In alternativa a un raffronto tra le categorie teoriche elaborate dalla dottrina, si può ipotizzare

¹³⁸ A.M. HESPANHA, *Panorama storico da cultura jurídica europea* (1999), tr. it. a cura di L. SANTI, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 216.

¹³⁹ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 5.

d'imperniarlo sulla legge. La prima è un'opzione collaudata, ma non è esente da inconvenienti. Tra di essi spicca la limitata rilevanza dei dati desumibili dal disegno legislativo. La giurisprudenza non si è limitata a regolare fenomeni sottratti alla disciplina generale, ha stabilito i principi fondamentali del diritto amministrativo. Un altro inconveniente concerne la comprensibilità della normazione amministrativa, sovente lontana dallo stile dei codici.

Per prospettare una diversa ricostruzione, è stata elaborata e sottoposta al vaglio degli studiosi, in una serie di occasioni – seminari di studio organizzati nel quadro della ricerca, incontri annuali delle associazioni nazionali di giuristi, convegni delle società europee di studiosi – un'ipotesi di lavoro cui è collegata una precisa scelta in punto di metodo. L'ipotesi di lavoro è imperniata sull'idea che esista, insieme a numerose e significative differenze, un nucleo comune dei diritti amministrativi. In punto di metodo, per verificare la fondatezza dell'ipotesi, è necessario l'uso congiunto della storia e della comparazione, più precisamente d'una comparazione orientata ai problemi.

Questo tipo di comparazione rispecchia una tendenza di fondo nel diritto pubblico. Consapevoli di appartenere a una tradizione giuridica bimillenaria, i civilisti europei hanno sovente rivolto la propria attenzione ai sistemi giuridici, considerati nel loro complesso. Questa tendenza si è accentuata nella seconda metà del Novecento, per merito o per colpa del *focus* sulle famiglie giuridiche, pur se nel periodo più recente è emersa una tendenza di segno opposto. Fin dall'Ottocento, i contributi degli studiosi di diritto pubblico e di scienza dell'amministrazione, anzi-

ché comparare interi sistemi, hanno considerato singole parti o questioni specifiche. Così, per esempio, Laferrière e Salandra misero al centro dei propri studi il controllo giurisdizionale dell'amministrazione, seguiti nel corso del Novecento da Bonnard, mentre Gneist e Goodnow focalizzarono la propria attenzione sul governo locale¹⁴⁰.

Detto ciò, l'indagine empirica che ci si prefigge di svolgere ha importanti riscontri nell'esperienza dei teorici e dei pratici. Tra i primi, si può fare riferimento alla ricerca coordinata da Rudolf Schlesinger negli anni Sessanta del secolo scorso e alla sua ripresa nella cornice degli studi sul nucleo comune nel diritto privato europeo. Al centro della ricerca di Schlesinger vi erano un'ipotesi e un metodo innovativi. L'ipotesi era che, al di là e al di sotto delle innumerevoli differenze esistenti tra i diritti nazionali, vi fossero alcuni tratti comuni e connettivi, cioè una sorta di «nucleo comune» dei diritti privati. Proprio perché l'indagine doveva essere incentrata sul «fondo» dei diritti, al netto di ciò che appare in superficie, era indispensabile un rinnovamento metodologico. Schlesinger, con l'apporto di Gino Gorla e di altri studiosi¹⁴¹, lo

¹⁴⁰ S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, I, p. 760; J.H. MERRYMAN – R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 2007, 3^o ed., p. 2. Che la distinzione tra le due famiglie giuridiche europee abbia scarso – o nullo – significato nel diritto pubblico è stato osservato da A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 17; G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, Giuffrè, 1986; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, 2^o ed., p. 173.

¹⁴¹ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 2.

configurò nei termini di un'analisi di tipo fattuale, in modo da portare alla luce i dati di fatto, oltre a quelli normativi, e le scelte di politica del diritto sottese¹⁴². Nella letteratura dell'epoca, il giudizio su tale impostazione fu complessivamente molto positivo. Anche quanti osservarono che l'ipotesi dell'esistenza di un nucleo comune non fosse particolarmente innovativa, non richiedesse particolari verifiche, le ritennero indispensabili per individuare l'ambito di tale nucleo comune, i suoi limiti di operatività, la sua valenza euristica¹⁴³.

Dell'esperienza acquisita in quella stagione culturale hanno beneficiato le ricerche condotte sul diritto privato in Europa¹⁴⁴. Questo filone di ricerca, che è stato coltivato per più di venti anni, ha toccato diverse aree, inclusi i contratti e la responsabilità. L'impianto analitico e la messe di fatti rilevanti per il diritto emergono con piena evidenza dalle sintesi di cui oggi disponiamo¹⁴⁵.

Non possono essere trascurate le differenze tra il diritto amministrativo e un diritto degli affari attra-

¹⁴² R.B. SCHLESINGER, *Introduction*, in R.B. SCHLESINGER (ed), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York, Oceana, 1968, p. 11.

¹⁴³ O. KAHN-FREUND, *Review of Schlesinger, Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, in *Am. J. Comp. L.* (18), 1970, p. 429. Per una valutazione in parte diversa, M. RHEINSTEIN, *Review of R. Schlesinger, Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, in *Univ. Chicago L. Rev.* (36), 1969, p. 448.

¹⁴⁴ M. BUSSANI – U. MATTEI, *The Common Core Approach to European Private Law*, in *Colum. J. Eur. L.* (3), 1998, p. 339.

¹⁴⁵ M. BUSSANI, «*The Common Core of European Private Law*» *Project Two Decades After: A New Beginning*, in *Eur. Lawyer J.* (15), 2015, p. 9.

versato da tendenze unificanti, sovente realizzatesi al livello degli strumenti contrattuali. Non può essere sottovalutata la diversità delle forze in campo, la maggiore rilevanza degli organi alternativi alla giurisdizione, forse anche la più diffusa propensione degli studiosi a individuare i tratti comuni e ricorrenti. E purtuttavia, anche per il diritto amministrativo è stato osservato che è «assiomatico» che la comparazione disveli sia la comunanza sia la diversità tra gli ordinamenti giuridici studiati¹⁴⁶, per cui la questione da indagare non è tanto se vi sia una comunanza, oltre alla diversità, ma come si manifesti. Inoltre, la consapevolezza della preferibilità di un metodo di questo tipo, di un'analisi fattuale, è documentabile presso i giudici dell'amministrazione. Nell'organizzazione europea di cui essi fanno parte è ormai consolidato, in luogo delle tecniche più tradizionali, il raffronto tra le soluzioni che ciascun giudice darebbe a problemi simili o identici, previamente elaborati¹⁴⁷.

Il naturale complemento della comparazione, così intesa, è la storia. L'indagine storica attorno alle istituzioni giuridiche è preziosa in sé, perché getta luce su vicende la cui dimensione innovativa in passato non è stata colta o valorizzata e su percorsi che troppo spesso si assumono essere linearmente collegati con lo stato attuale delle cose, mentre non è così. In quanto vaglio di fatti specifici, essa si distingue dalla comparazione, ma è in un certo senso un presup-

¹⁴⁶ P. CRAIG, *Comparative Administrative Law and Political Structure*, in *Ox. J. Leg. St.* (37), 2017, p. 947.

¹⁴⁷ Per l'osservazione che l'analisi del «diritto comune» all'interno della Comunità richiedeva di basarsi sul *law in action*, G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 89.

posto di essa, perché occorre avere consapevolezza della storia degli istituti posti a confronto¹⁴⁸. Inoltre, al pari della comparazione, l'indagine storica fornisce un prezioso monito sulla relatività delle contingenti soluzioni utilizzate in questo o in quell'ordinamento, insegna a considerare ciascun principio o istituto non come un «dato» ineluttabile, ma da interpretare e valutare. In questo senso, com'è stato ben detto da Gorla, se è vero che «*history involves comparison*»¹⁴⁹, è anche vero che «*comparison involves history*»¹⁵⁰. Va presa molto sul serio la proposizione che non sia possibile invertire la tendenza riassumibile nella formula della comparazione in luogo della giustapposizione, senza passare dal disegno istituzionale dei principi e degli istituti al concreto svolgersi della «esperienza giuridica». Questa nozione, introdotta da Giuseppe Capograssi e affinata da Riccardo Orestano¹⁵¹, è utile per superare i limiti insiti nel concetto di norma e nell'enfatizzazione del disegno legislativo. Lo è, inoltre, per scoprire le correlazioni tra i comportamenti umani e le regole che li disciplinano.

Queste proposizioni generali assumono una par-

¹⁴⁸ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 73; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 9.

¹⁴⁹ F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law Was not Written*, in R. LIVINGSTON (ed.), *Frederic William Maitland Historian. Selection from his Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, p. 488.

¹⁵⁰ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 39; S. CASSESE, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in *Le carte e la storia* (15), 2009, p. 5.

¹⁵¹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, Giuffrè, 1962; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 359.

tiolare importanza se riferite al diritto amministrativo: per la sua origine assai più recente rispetto al diritto civile e al diritto penale e per le rapide e rilevanti trasformazioni che esso ha subito. Nell'arco del Novecento, esso «ha dovuto adattarsi alla trasformazione dello Stato di diritto liberale in uno Stato sociale interventista, interpretare per due volte quello che si è convenuto di chiamare il «diritto amministrativo di guerra» (*Kriegsverwaltungsrecht*) ed ha dovuto accompagnare i cittadini dall'età delle diligenze a quella degli aerei e dei computer»¹⁵². Bisogna quindi riconsiderarne le strutture fondamentali alla luce della trasformazione del Novecento.

D'altronde, nella parte più avvertita della dottrina giurispubblicistica, vi è sempre stata consapevolezza della necessità di tener conto, oltre che delle regole di diritto, dei fatti economici, politici e sociali, cioè del contesto, nel quale tali regole sono elaborate e applicate¹⁵³, e della giurisprudenza¹⁵⁴. Naturalmente, nel fare riferimento alla storia, i giuristi devono avere

¹⁵² M. STOLLEIS, *Nel ventre del Leviatano. La scienza del diritto costituzionale sotto il nazional-socialismo*, in G. MELIS (a cura di), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 9.

¹⁵³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, cit., p. I e IV («il faut connaître le milieu social, économique, politique»); J. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1269, per l'osservazione che sono rare le analisi comparate con una base empirica. Un'analisi di tipo empirico è stata effettuata negli USA per le leggi statali sul procedimento, J. ROSSI, *Politics, Institutions, and Administrative Procedure: what Exactly Do We Know from the Empirical Study of State Level APAs, and what More can We Learn?*, in *Adm. L. Rev.* (58), 2006, p. 961.

¹⁵⁴ D. LEVY, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents en Angleterre*, cit., p. 2.

consapevolezza della diversità d'intenti e di metodi rispetto ai cultori della storia del diritto e della storia *tout court*, quanto meno perché l'analisi condotta sulle istituzioni giuridiche del passato serve ad affinare la comprensione dell'attuale quadro generale di riferimento¹⁵⁵.

3.4. *Le principali linee della ricerca*

Le due direttrici dell'indagine, diacronica e sincronica, si articolano in più linee di ricerca. Cominciando dalla comparazione diacronica, è parso utile effettuare dei «sondaggi», in rapporto ad alcuni momenti particolarmente significativi nell'evoluzione della disciplina del procedimento. Si tratta, da un lato, dell'elaborazione giurisprudenziale dei canoni di condotta dell'azione amministrativa nel ventennio a cavallo tra Otto e Novecento; dall'altro lato, dell'influenza esercitata dalla prima grande codificazione, quella austriaca del 1925, sulle legislazioni dei Paesi che in precedenza facevano parte dell'impero asburgico e sulle legislazioni di altri Paesi europei.

Poiché le ragioni sottostanti alla scelta del primo tema sono esposte nel prosieguo di questo saggio¹⁵⁶, se ne può dare conto in modo succinto. La sequenza attraverso la quale i giudici dell'amministrazione pubblica hanno configurato l'ambito e l'intensità del controllo giurisdizionale varia in relazione a un'ampia gamma di elementi. In questo senso, ogni sistema di giustizia amministrativa presenta una propria

¹⁵⁵ C.A. DEAN, *Writing Constitutional History beyond the Institutional/Ideological Divide*, in *Law & Hist. Rev.* (16), 1998, p. 393.

¹⁵⁶ *Infra*, capitolo 4.

specificità di forme. La sua evoluzione non risponde a una legge di natura. Non lo fa per via della diversa influenza esercitata dalla tradizione e dalla cultura, nonché dalle scelte politiche. Per questi motivi, l'evoluzione di ogni sistema di giustizia amministrativa si propone quale oggetto d'indagine all'analisi storica, prima ancora che a quella teorica. L'obiettivo della ricerca è verificare se, lungi dal limitarsi a dirimere singole dispute, i vari giudici dell'amministrazione siano stati parte integrante del processo di consolidamento dei diritti amministrativi nell'Europa *fin de siècle*, nel periodo della *Belle époque*. Una visione d'insieme è stata a lungo ostacolata da carenze statistiche e da difficoltà di tipo linguistico¹⁵⁷. Mentre i contributi di tipo sistematico non mancano, sono per molto tempo mancati dati quantitativi di sintesi, sia pure di prima approssimazione, sull'attività delle corti incaricate di controllare l'amministrazione. Soprattutto, pur se vi è stata consapevolezza che le soluzioni sperimentate in alcuni Paesi hanno avuto riscontri in altri, i resoconti analitici sono stati rari. Contributi quali quello di Bonnard hanno solo in parte colmato la lacuna. Se per ognuno degli ordinamenti considerati si accostano i dati disponibili diviene possibile tracciare una mappa dei canoni di condotta determinati per l'amministrazione.

La naturale prosecuzione di questa linea di ricerca è accertare se vi siano nessi tra le varie leggi sul procedimento amministrativo. Probabilmente non a caso, la prima fu emanata in Austria. Si può ipotizzare

¹⁵⁷ Per esempio, la giurisprudenza meno recente della Corte imperiale asburgica è accessibile solo in formato cartaceo ed è scritta in caratteri gotici.

che la codificazione austriaca abbia tratto vantaggio, oltre che dall'apporto della scuola di Vienna, dall'eredità della cultura amministrativa austriaca, cui la giurisprudenza della Corte imperiale contribuì, grazie anche all'opera di Friedrich Tezner, che le diede ordine sistematico. Si può ipotizzare che quell'eredità culturale non abbia cessato di esercitare la propria influenza su quanti – amministratori o giudici – ricoprirono incarichi negli Stati nazionali fondati sulle ceneri dell'Impero asburgico. Ove l'ipotesi ottenga conferme, resta da chiedersi se la codificazione del procedimento abbia mantenuto il proprio rilievo al variare del tipo di Stato, segnatamente dopo il 1945, per via dell'instaurazione di regimi autoritari. Bisognerebbe chiedersi anche quale reale ruolo la codificazione abbia avuto all'interno della Spagna franchista. La sequenza attraverso cui una legge sul procedimento viene adottata e la misura in cui l'amministrazione ne viene interessata nei suoi diversi aspetti presenta quindi variazioni tutt'altro che lievi. Solleva il dubbio se ogni legge nazionale presenti una propria specificità di forme. Si propone quale autonomo oggetto d'indagine, richiedendo una disamina delle forze in gioco e dei fattori culturali.

Nella comparazione sincronica, saranno approfonditi cinque temi: i nessi tra i principi generali e le regole settoriali o speciali, definite per determinati tipi di procedimenti; l'amministrare per provvedimenti; la determinazione di regole e piani; la responsabilità dell'amministrazione; il controllo giurisdizionale sui vizi formali. La prima linea di ricerca tiene conto degli apporti recenti riguardanti la disciplina legislativa del procedimento. Ma si situa su un piano distinto, perché intende accertare se e in quale

modo l'esistenza d'una disciplina siffatta influisca sul modo d'impostare le questioni rilevanti per il diritto amministrativo, prima ancora che per risolverle. Non si può escludere che, pur in assenza di una disciplina legislativa generale, gli amministratori pubblici facciano riferimento ad alcune normative, anche risalenti nel tempo, per trarne sostegno nel momento in cui devono assumere decisioni. Non si può escludere che le corti integrino i criteri forniti dalle leggi e dai regolamenti facendo riferimento ai principi generali, alla consuetudine, alla prassi prevalente.

Altre due linee di ricerca hanno ad oggetto varie manifestazioni dell'attività amministrativa. Gli studi meno recenti si sono concentrati sui provvedimenti aventi l'effetto di limitare il godimento delle libertà e del diritto di proprietà. Essi restano utili, per un raffronto a distanza di tempo. Si può sviluppare questo filone di studi vagliando i nessi tra le forme tradizionali di espropriazione e le misure aventi effetti di tipo equivalente, cioè i provvedimenti di secondo grado che modificano, revocano o sospendono gli effetti dei provvedimenti di tipo ampliativo (autorizzazioni, concessioni, licenze): è la cosiddetta *regulatory expropriation*, su cui abbondano resoconti analitici, mentre difettano tentativi di sintesi.

L'altro filone della ricerca si incentra su una componente del diritto amministrativo che per un lungo periodo di tempo è stata oscurata dall'assoluta preminenza attribuita all'emanazione di atti e provvedimenti individuali: si tratta dell'amministrazione che si esplica mediante l'adozione di regole e di piani. La consapevolezza dell'incremento – nel numero e nella tipologia – degli atti di questo tipo, nonché della loro rilevanza è documentabile presso i pratici, sempre

attenti a cogliere il cambiamento nelle modalità di esercizio del potere. Quella consapevolezza si è poi estesa agli studiosi di fronte al dato, ovvio ma illuminante, che esercitando il potere di scelta e di decisione in questo modo l'amministrazione prefigura il corso della propria azione.

Gli ultimi due filoni della ricerca sono focalizzati sulle anormalità che si riscontrano nell'azione amministrativa. Ciò consente un confronto, a distanza di oltre mezzo secolo, con i risultati delle ricerche promosse dal *Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* negli anni Sessanta del secolo scorso sulla responsabilità pubblica¹⁵⁸ e sul controllo giurisdizionale¹⁵⁹. Sotto quest'ultimo profilo, ci si può chiedere se il discostarsi da determinati canoni di condotta (fornire la comunicazione dell'avvio di un procedimento, dare spazio ai commenti degli interessati, fornire un'adeguata motivazione delle scelte effettuate) sia considerato, in sé, il sintomo di un esercizio scorretto del potere oppure se le corti reputino comunque necessario vagliarne l'esercizio alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità e se, posto che l'esito del giudizio sulla conformità della condotta ai canoni che la disciplinano sia di tipo negativo, ciò comporti l'annullamento degli atti o delle misure impugnati o vi sia una dequotazione delle anomalie formali e procedurali¹⁶⁰.

¹⁵⁸ H. MOSLER (ed.), *Liability of the State for Illegal Conduct of its Organs*, cit.

¹⁵⁹ H. MOSLER (ed.), *Judicial Protection Against the Executive*, Köln, Heymanns Verlag, 1969-71.

¹⁶⁰ Secondo E. SCHMIDT-ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011 (3), p. 471, «in ogni ordinamento giuridico il

Il passo successivo consiste nell'esaminare il regime di responsabilità cui le pubbliche amministrazioni sono assoggettate, anche in questo caso dall'angolo visuale della giustizia procedurale. Il quesito di fondo concerne la rilevanza delle regole procedurali. Si tratta di vedere come la violazione di tali regole viene intesa dai giudici dell'amministrazione, se essi le deburrichino a semplici irregolarità o vi rinvengano altrettante invalidità e quali conseguenze ne traggano nell'assicurare il ristoro per i danni ingiusti arrecati ai privati. Possono discenderne spunti utili ai fini del confronto tra i criteri utilizzati nell'allocatione delle responsabilità nel diritto pubblico e nel diritto privato.

3.5. *La selezione degli ordinamenti e degli esperti*

Da ultimo, va considerata la selezione degli ordinamenti giuridici da porre a confronto e degli esperti da coinvolgere¹⁶¹. Movendo dalla scelta dello spazio giuridico europeo come terreno privilegiato per la comparazione, in ragione della sua storia «composita» e delle interazioni che contraddistinguono il suo presente, si può ritenere che la selezione debba cadere su un numero sufficientemente ampio di ordinamenti e che questi debbano essere adeguatamente rappresentativi delle diverse componenti della tradizione giuridica europea. Ma stabilire quali ordina-

trattamento dei vizi di forma e del procedimento rappresenta una questione centrale, perché il diritto stesso è per parti importanti forma e procedura».

¹⁶¹ Sulla necessità d'una giustificazione, C. VALCKE, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*, in *Am. J. Comp. L.* (52), 2004, p. 740.

menti siano rappresentativi comporta aprire tre questioni: la prima riguarda gli ordinamenti nazionali da includere nell'indagine; la seconda è se si debba andare oltre tali ordinamenti, per includere quello dell'Unione; la terza è se, per comprendere se e in quale misura i tratti comuni tra i diritti amministrativi in Europa si configurino al tempo stesso anche come elementi propri ed esclusivi, l'analisi debba abbracciare anche altre regioni del mondo.

In passato il più delle volte si sono effettuati confronti tra pochi ordinamenti (generalmente, la Francia, la Germania e il Regno Unito), sul presupposto che fossero i più importanti in senso assoluto. Questo modo di procedere è discutibile per più d'un motivo. L'importanza dei vari ordinamenti è storicamente relativa, cambia nel corso del tempo. Spesso varia da un settore all'altro¹⁶². Si aggiunga che, proprio perché determinati ordinamenti sono più studiati di altri, in ragione della loro presunta o reale valenza come modelli, può essere opportuno volgere lo sguardo su altri, anche per cogliere le eventuali influenze esercitate da quelli ritenuti «maggiori». Infine, non sempre sono questi ultimi a presentare le soluzioni più innovative per misurare il successo del diritto nel contribuire all'organizzazione della vita sociale: è il caso dell'Austria e del Belgio.

Il secondo quesito ha importanza per la comparazione sincronica. Si tratta di comprendere se, oltre a una serie di ordinamenti nazionali, sia bene includere nella comparazione l'ordinamento dell'Unione europea. La sua esistenza del suo ordinamento è importante in sé, per il superamento dell'iniziale rela-

¹⁶² R. SCHLESINGER, *The Common Core of Legal Systems*, cit., p. 68.

zione di tipo biunivoco tra lo Stato e il diritto amministrativo. Può essere interessante vedere se lo statuto giuridico dell'amministrazione europea si conformi alla soluzione prevalente nei diritti nazionali o se ne discosti. Nel proporre l'analogia con i diritti nazionali, una buona dose di cautela è imposta dalla diversità delle funzioni attribuite all'amministrazione europea e dalla sua posizione istituzionale. Essa va tenuta presente nell'impostare la comparazione¹⁶³.

Infine, ci si può chiedere se si debba guardare al di fuori dell'Europa. Delimitare l'ambito della comparazione, circoscriverla ad alcuni ordinamenti situati nella medesima area geografica, presenta più di un vantaggio. Oltre al minor numero di sistemi giuridici da porre a confronto, essi hanno una relativa omogeneità. L'Europa costituisce quindi un'unità di comparazione ideale¹⁶⁴. Tuttavia, proprio per individuare i tratti comuni e connettivi tra i diritti amministrativi europei, è opportuno ampliare e arricchire il confronto tra gli ordinamenti. Un approfondimento di questo tipo può tornare utile per i diritti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, nelle Americhe¹⁶⁵, nonché in alcuni ordinamenti che, pur

¹⁶³ R. DEHOUSSE, *Comparing National and EC Law: the Problem of the Level of Analysis*, in *Am. J. Comp. L.* (42), 1994, p. 761.

¹⁶⁴ J. BOULOUIS, *Groupement régionaux d'Etats et droit comparé*, cit., pp. 237-238; M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, cit., p. 7.

¹⁶⁵ J.H. MERRYMAN - R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, cit. L'estensione della comparazione ad altre culture può meglio far emergere, per contrapposizione, i caratteri propri degli ordinamenti europei, secondo una linea di pensiero che risale a Machiavelli e a Montesquieu: per una sintesi, F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa* (1958), Bari, Laterza, 1989, p. 61.

appartenenti ad altre tradizioni giuridiche, hanno variamente risentito dell'incontro e dello scontro con l'Europa. Può essere utile, a maggior ragione, per tradizioni giuridiche relative a regioni del mondo più distanti e distinte rispetto alla tradizione giuridica occidentale, come quella cinese.

Evidentemente una ricerca di questo tipo non può essere, non è, un'impresa individuale o limitata a una ristretta cerchia di studiosi. È un'impresa collettiva, che richiede il coinvolgimento d'una serie di esperti dei vari ordinamenti. Ciò pone tre ulteriori questioni. La prima è come selezionare tali esperti. La seconda, che ne costituisce una prosecuzione, è se basti la conoscenza del diritto nazionale, dei suoi istituti. La terza è come sia possibile scegliere gli esperti in presenza di contesti politici sfavorevoli alla libertà accademica, alla libera espressione del pensiero.

Per il primo aspetto, si può fare tesoro dell'opinione secondo cui il diritto è strettamente embricato in una società, risente delle sue strutture cognitive e linguistiche. Il corollario che ne viene tratto è che ciascun giurista possa conoscere davvero soltanto gli istituti del «proprio» ordinamento, cioè di quello in cui ci si è formati e al quale si è assuefatti. Così configurato, l'argomento prova troppo, perché nega la possibilità stessa di conoscere a fondo altre culture e d'integrarsi in esse. È un esito smentito dalla storia e dall'esperienza che da essa può essere tratta. Non sono pochi, infatti, gli studiosi che hanno acquisito un'esperienza diretta di altri ordinamenti, di altre culture. L'argomento può essere convertito in un utile monito: lo studio delle istituzioni giuridiche di un altro ordinamento non può essere improvvisato.

Il problema va tenuto distinto da un altro pro-

blema, pur connesso, relativo al bagaglio culturale necessario per rendere fruttuosa una ricerca comparata. L'esperienza e il buon senso inducono a ritenere che occorra una predisposizione, un'abitudine al confronto con altri studiosi. Fortunatamente, nel corso degli ultimi tre decenni si sono moltiplicate le occasioni di confronto periodiche all'interno di gruppi di studiosi relativamente stabili, come quello che si riunisce ogni anno ad Aix-en-Provence. Soprattutto, si sono consolidate alcune *sociétés de savants* costituite su base transnazionale (con struttura bilaterale, come quello italo-tedesco, o multilaterale, come il Gruppo europeo di diritto pubblico, la *Societas Juris Publici Europei* e ReNEUAL) e con esse è migliorata la conoscenza degli altri ordinamenti, soprattutto all'interno dell'Unione europea.

Il terzo quesito, cui si fa meno spesso riferimento, è anche il più delicato. Alle limitazioni conoscitive si può porre rimedio coinvolgendo nella ricerca gli esperti nazionali, al rischio derivante dall'adesione a una determinata scuola di pensiero si può ovviare chiedendo loro di fare riferimento anche agli orientamenti minoritari. È ben più difficile escogitare una soluzione per il problema relativo agli ordinamenti che non tutelano adeguatamente la libertà di ricerca e di pubblicizzazione dei suoi risultati. Vi sono due lati del problema: uno è la limitata affidabilità delle risposte date da uno studioso che possa temere per le conseguenze che possono derivarne, l'altro è il rischio opposto, ossia che, proprio in ragione della veridicità di quelle risposte, possano derivarne conseguenze sfavorevoli. Purtroppo, non vi è una soluzione buona per ogni caso. Si possono soltanto ricercare soluzioni di volta in volta sufficientemente appropria-

te, nel tentativo di non rinunciare a un apporto esterno, che può rivelarsi prezioso soprattutto in alcuni ambiti, per alcune questioni.

CAPITOLO 4
LA COMPARAZIONE DIACRONICA:
I PRINCIPI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA
TRA OTTO E NOVECENTO

Mentre è tuttora discusso se il diritto amministrativo sia sorto prima del 1789¹⁶⁶, riscuote adesioni la tesi che esso si sia consolidato nel corso dell'Ottocento. Una ricostruzione organica dei mutamenti subiti dal diritto amministrativo, di tipo non esclusivamente lineare – cioè con attenzione per le deviazioni e i regressi, che non sono mancati – e sulla base di dati attendibili e di più tipi, è ancora da compiere. Essa non viene tentata, in questa sede, nemmeno per grandi linee. E tuttavia, i fatti essenziali sulla base dei quali essa può essere se non altro impostata emergono già con piena evidenza dai riscontri effettuati sui due decenni a cavallo tra Otto e Novecento, includendo la *Belle époque*. La congettura posta alla base della ricerca, vale a dire l'esistenza di tratti comuni e distintivi relativi alle modalità di adempimento delle funzioni amministrative, al procedimento, viene vista sotto un profilo empirico e comparativo. Ciò richiede una serie di precisazioni, riguardanti la scelta del periodo, del metodo dell'indagine e dell'ambito cui si applica, cioè degli ordinamenti considerati: esse sono esposte nei tre paragrafi seguenti.

¹⁶⁶ *Supra*, capitolo 1, § 1.

4.1. La scelta del periodo

La scelta del periodo è stata effettuata in funzione d'una serie di fattori. Si compì il processo di concentrazione politica che dalle organizzazioni precedenti portò allo Stato nazionale. Vi fu un mutamento dello Stato in conseguenza della seconda rivoluzione industriale e della sollecitazione a realizzare l'eguaglianza. Bisogna, però, guardarsi dal luogo comune secondo cui l'Ottocento fu il secolo del *laissez-faire*¹⁶⁷, dello Stato minimo, in contrapposizione allo Stato sociale novecentesco¹⁶⁸. Ben prima della fine dell'Ottocento, vi furono misure a favore dei lavoratori, in particolare nella Germania di Bismarck e nell'Inghilterra vittoriana¹⁶⁹. Anche i poteri dell'amministrazione non mutarono sotto il profilo morfologico. Piuttosto, alcuni di quei poteri (espropriazioni e ordini; autorizzazioni e licenze; concessioni) subirono un deciso incremento nel numero complessivo e nella tipologia. Su tutti questi versanti l'amministrazione pubblica fu il perno dell'azione politica, divenne ancor più influente sulla società. Si accrebbe il peso del bilancio statale, divenne più serrato il conflitto tra il Governo e il Parlamento per determinare al suo interno l'indirizzo dell'ammini-

¹⁶⁷ Per questa contrapposizione, A.V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, London, Macmillan, 1926, 2° ed., p. 293.

¹⁶⁸ P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 56; C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 2.

¹⁶⁹ Per un confronto, G. RITTER, *Der Sozialstaat* (1989), tr. it. a cura di L. Gaeta, *Storia dello Stato sociale* Bari, Laterza, 2003, con cui, secondo P.M. HUBER in *Archiv des öffentlichen Rechts* (115), 1990, p. 351, finalmente si è colta la dimensione europea del cambiamento.

strazione, vi fu un incremento del personale pubblico e del relativo contenzioso¹⁷⁰.

Alla luce di tali fattori, è da prendere molto sul serio l'ipotesi che le innovazioni istituzionali introdotte in più d'un ordinamento – in Austria e in varie parti della Germania tra il 1865 e il 1880, in Spagna nel 1888, in Italia nel 1889 – abbiano rappresentato altrettanti tentativi di corrispondere alla crescente domanda di giustizia nei confronti dell'amministrazione pubblica, di fornire una migliore tutela ai tradizionali diritti civili e politici, ai nuovi interessi che reclamavano protezione.

È proprio nello scorcio dell'Ottocento che si consolidò la differenziazione dei sistemi delle tutele nei confronti dell'esercizio della *puissance publique*. Che essa vi sia stata, è fuor di dubbio. E purtuttavia, la tesi della *French deviation*¹⁷¹, che tanto a lungo ha riscosso adesioni nella letteratura giuridica anglosassone, non sembra cogliere adeguatamente la direzione di quei cambiamenti istituzionali, il loro significato. Troppo spesso si è dato per scontato che la scelta di un diverso assetto della giurisdizione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, con un solo giudice o più

¹⁷⁰ F. BIGNAMI, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 146. Sulla natura conflittuale dei bilanci, M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1919), tr. it. a cura di F. Fusillo, *Parlamento e Governo. Per la critica politica della burocrazia e dei partiti*, Bari, Laterza, 2002.

¹⁷¹ J.H. MERRYMAN, *The French Deviation*, in *Am. J. Comp. L.* (44), 1996, p. 109. Per la tesi che dalla concezione della separazione dei poteri prevalsa all'inizio della Rivoluzione non discendeva inevitabilmente una riserva di competenza a favore del giudice amministrativo, G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, Paris, La mémoire du droit, 2015, p. 34.

d'uno, finisse inevitabilmente per dare luogo a una giustizia amministrativa del tutto diversa, non suscettibile di essere sottoposta a una vera comparazione. Seguendo questa linea di pensiero, la contrapposizione tra il diritto inglese e il *droit administratif* rendeva arduo, se non impossibile, individuare principi generali del diritto amministrativo condivisi.

Non era questa l'opinione di alcuni tra i giuristi più rappresentativi dell'epoca, come Orlando e Otto Mayer. Come e più degli altri grandi giuristi italiani tra Otto e Novecento – Santi Romano, Federico Cammeo, Oreste Ranalletti – Orlando non fu semplicemente un interprete delle leggi del suo tempo. Contribuì – come studioso, avvocato, politico – in modo determinante a forgiare il «sistema» del diritto pubblico¹⁷². Lo fece con piena consapevolezza degli apporti delle altre culture giuridiche europee. Constatò che, mentre nella sfera del diritto privato le teorie giuridiche erano basate sulle medesime idee (di negozio giuridico, di contratto, di obbligazione), nella sfera del diritto pubblico presentavano differenze ragguardevoli, «sostanziali. Non solo le nozioni che servono di fondamento alla nostra scienza appariranno radicalmente diverse, ma altresì la definizione, il metodo, i limiti». Non c'era da sorprendersi, secondo Orlando, che la letteratura del diritto pubblico germanico differisse da quella francese, italiana e inglese. Tuttavia, osservò, «c'è differenza e differen-

¹⁷² V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1887), ora in *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 3. Sull'opera di Orlando, vi è una ricca messe di studi, tra cui G. Miele, *Il contributo di V.E. Orlando agli studi di diritto amministrativo* (1953), ora in *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, II, p. 587, dove si distingue il ruolo di caposcuola dagli specifici contributi.

za», tanto più che le diversità tra i vari diritti nazionali «non tolgono che i principi siano i medesimi»¹⁷³.

Otto Mayer aprì con la medesima affermazione l'edizione francese del suo trattato di diritto amministrativo¹⁷⁴. Aggiunse un'osservazione che non ha perso interesse, ossia che il diritto amministrativo francese era in alcuni casi semplicemente copiato o imitato, mentre in altri casi le istituzioni francesi erano adattate e combinate con idee e istituti propri degli altri Paesi¹⁷⁵. Da ciò può trarsi uno stimolo per mettere al centro della ricerca comparata non l'organizzazione della giustizia, bensì l'apporto dei giudici alla definizione dei canoni di condotta cui i pubblici poteri dovevano attenersi.

4.2. Una necessaria discontinuità: un'indagine empirica

L'aver messo al centro della ricerca la definizione dei criteri generali dell'azione amministrativa da parte dei giudici dell'amministrazione comporta una diversità rispetto al metodo più coltivato dagli studiosi. Esso è incentrato, sia pure con varietà di approcci e di temi, sulla storia delle idee, sul formarsi d'una riflessione scientifica incentrata sul diritto applicabile alle pubbliche amministrazioni¹⁷⁶. In ciò, vi è sicuramente

¹⁷³ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbèra, 1891, p. 16; *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbèra, 1894, p. 8.

¹⁷⁴ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. XIII («le droit administratif, dans les différentes nations qui représentent la veille civilisation européenne, a pour base certains principes juridiques qui sont partout les memes»).

¹⁷⁵ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. XIV.

¹⁷⁶ M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende*

te un pregio, ossia il riconoscimento dell'importanza della dottrina giuridica, delle categorie teoriche da essa elaborate e affinate, della sua capacità di concorrere alla costruzione di un «sistema» più rispondente alle mutevoli necessità della società¹⁷⁷.

Nell'enfaticizzazione del pensiero dei giuristi, però, si annidano alcuni rischi. Vi è il rischio di trascurare che le cose esistono prima che la loro esistenza sia rilevata, concettualizzata dagli studiosi e sia loro dato un nome¹⁷⁸. Vi è il rischio che ci si limiti a indagare il pensiero di alcuni studiosi ritenuti – a ragione o a torto – più rappresentativi, perdendo di vista la varietà di temi e soprattutto di opinioni che denota una determinata fase della riflessione giuridica. Inoltre, la dottrina non è sempre di ausilio a chi intenda impostare su basi rigorose il confronto tra gli ordinamenti, per via della tendenza a sopravvalutare i tratti comuni o quelli distintivi. Non ha perso valore, al riguardo, l'osservazione di Orlando secondo cui i resoconti dei giuristi differivano notevolmente, mentre i principi fondamentali erano più o meno gli stessi. Infine, vale anche per il diritto amministrativo l'osservazione di

della giustizia amministrativa nel secolo decimonono, in *Dir. proc. amm.* (37), 2019, p. 345 (con riferimento alla scuola degli storici fiorentini); D. BARANGER, *Uncovering the Foundations of Administrative Law?*, in M.A. WILKINSON – M.W. DOODLE (eds.), *Questioning the Foundations of Public Law*, Oxford, Hart, 2018, p. 237.

¹⁷⁷ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 180; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 10-13.

¹⁷⁸ S. MANNONI, *Pro e contro Tocqueville*, cit., p. 728. Nella cultura giuridica italiana, abbondano i riferimenti agli studi autorevoli o rappresentativi, mentre sono scarse le analisi di tipo quantitativo, che pongono rilevanti questioni di metodo: F.R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles*, in *Calif. L. Rev.* (73), 1985, p. 1540.

Gorla secondo cui, dall'angolo visuale delle corti, «la storia del XIX secolo sembra sia stata quasi completamente trascurata»¹⁷⁹. È una storia che vale la pena d'indagare, per mettere in luce l'evoluzione delle istituzioni giuridiche.

Questa impostazione è, altresì, la più coerente con la comparazione di tipo sincronico¹⁸⁰. Vi è indubbiamente una differenza tra il porre quesiti di tipo ipotetico per vedere come potrebbero essere impostati e risolti dagli esperti d'una serie di ordinamenti, e l'esaminare le soluzioni concretamente elaborate dai giudici in un determinato periodo storico. Tuttavia, in entrambi i casi, l'attenzione è focalizzata non soltanto sulle soluzioni relative a una serie di problemi rilevanti per il diritto, ma anche sugli argomenti a tal fine utilizzati e sulle correlative *background theories*, per cui la difformità è contenuta entro limiti accettabili. Quella che ci si propone di svolgere, dunque, è una ricerca in cui le ipotesi di partenza siano empiricamente testate in rapporto alla giurisprudenza, sul presupposto che ciò possa fornire una cospicua dose di valore esplicativo rispetto alle trattazioni incentrate sui rapporti tra gli studiosi, spesso limitate soltanto agli studiosi sommi, o ritenuti tali, o a poche disposizioni di legge.

La ricerca si configura dunque come un'indagine empirica sulla giurisprudenza, esaminata alla luce del contesto istituzionale e culturale. Essa è im-

¹⁷⁹ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 544.

¹⁸⁰ Già prima di Laferrière, si reputava che lo studio della giurisprudenza fosse il modo migliore per comprendere i principi del diritto amministrativo: L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, cit., p. VII.

perniata su alcuni criteri, di cui è bene dare conto. Innanzitutto, bisogna risalire direttamente alle fonti, ciò che non è sempre agevole. Mentre in alcuni Paesi, come il Regno Unito, la giurisprudenza meno recente è stata trasferita su archivi di tipo digitale, ed è accessibile tramite apposite banche dati, in altri è indispensabile utilizzare metodi più tradizionali. È necessario, quindi, un accurato spoglio dei repertori giurisprudenziali. Ciò può non bastare, possono occorrere ricerche di archivio. È stato così effettuato un censimento della giurisprudenza nel periodo considerato e le decisioni giudiziarie sono state inserite in appositi elenchi, fin da ora consultabili¹⁸¹.

In secondo luogo, una ricerca sulla giurisprudenza presenta utilità sotto un duplice profilo, quantitativo oltre che qualitativo. Non ci si può limitare, al metodo selettivo, nel senso che si selezionano – non di rado, in modo arbitrario – alcune leggi o decisioni giudiziarie ritenute di preminente rilievo, per poi trarne delle conseguenze di tipo sistematico¹⁸². Bisogna fornire un quadro complessivo, ciò che non esclude l'opportunità di un esame più approfondito di alcune decisioni giudiziarie, per la loro importanza in sé o ai fini del raffronto con quelle di altri giudici.

In terzo luogo, per non restringere l'ambito dell'indagine, si è scelto di non far riferimento unicamente al concetto di atto amministrativo¹⁸³. Si sono

¹⁸¹ Sul sito internet www.coceal.it.

¹⁸² J. RIVERO, *Préface*, in A. MESTRE, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, Paris, LGDJ, 1974, p. 8.

¹⁸³ Mayer citò la voce *Acte administratif* apparsa nel 1812, nella terza edizione del *Répertoire de Merlin* (cui era assimilabile l'impostazione di Romagnosi, secondo E. ROTELLI, *Premessa*, in *Romagnosi 1814 «Istituzioni di diritto amministrativo»*, cit., p. 74), ma precisò

utilizzati anche altri concetti, come la decisione e il provvedimento. Si è dato ampio spazio alla varietà di atti con cui le amministrazioni esercitavano le proprie potestà, dalle espropriazioni alle autorizzazioni, dalle sanzioni alle concessioni. Si è cercato di verificare se fosse emersa, gradualmente o per editto del legislatore, una nozione di controversia di diritto pubblico, concernente non semplicemente lo svolgimento di attività da parte d'una pubblica amministrazione, bensì l'esercizio di potestà (*puissance publique, Herrschaft*).

Un'ultima avvertenza è opportuna: per quanto l'analisi empirica costituisca il presupposto indispensabile per il lavoro scientifico, affinché esso «sia portato a compimento non è sufficiente procedere alla pura raccolta dei fatti»¹⁸⁴, nel senso che i fatti vanno valutati. A tal fine, questo saggio costituisce un tentativo di contemperare due distinte esigenze. Si è cercato di raccordare gli elementi qualitativi e gli elementi quantitativi. I primi esiti delle indagini effettuate sono stati sottoposti a verifica nel corso di un incontro di studio di tipo

che l'atto amministrativo era l'atto di un'autorità che determinava, per il soggetto, ciò che per lui dev'essere il diritto nel caso individuale: *Droit administratif allemand*, cit., p. 120. A Mayer hanno fatto riferimento M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 160 e F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.* (5), 1995, p. 1. Altra questione è se l'amministrazione possa disporre l'esecuzione coattiva dei propri atti: alla metà del secolo, lo ammettevano sia G. Miele, *Italian Administrative Law*, cit., p. 434, sia O. Bachof, *German Administrative Law with Special Reference to the Latest Developments in the System of Legal Protection*, cit., p. 372.

¹⁸⁴ P. BADURA, *Die Methoden der neuen Allgemeines Staatslehre* (1959), tr. it. a cura di F. Fardella, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 1998, p. 61.

interdisciplinare, cui hanno partecipato studiosi del diritto amministrativo e pubblico, storici del diritto, esperti di diritto comparato, politologi. Ciò ha consentito di approfondire vari aspetti, ha sollevato quesiti ulteriori.

4.3. *Gli ordinamenti considerati*

Passando dalla natura dell'indagine alla definizione del suo ambito, in astratto si potrebbe focalizzare l'attenzione su un ristretto gruppo di ordinamenti, più o meno omogenei, come i Paesi fondatori della Comunità, al pari di quanto Auby e Fromont fecero mezzo secolo fa. Ma la scelta di limitarsi all'Europa lotaringia metterebbe in secondo piano le diversità che quegli ordinamenti presentano rispetto ad altri. Sarebbe, quindi, incoerente con l'impostazione complessiva della ricerca. In generale, occorre guardarsi da una concezione storica del diritto, che annetta soverchio rilievo alle soluzioni ritenute preferibili perché conformi a un unico modello. Un'implicazione di questo univoco modello teorico è che un determinato assetto delle istituzioni giuridiche (per esempio, il giudice unico o il giudice amministrativo) sia da preferire agli altri. L'esistenza d'importanti differenze nel disegno complessivo del sistema delle tutele, in Europa, mette in dubbio la validità di un approccio siffatto. Soltanto il confronto tra le istituzioni di cui vari Paesi si sono dotati consente di cogliere appieno le loro *mentalités*, forse anche di comprendere la diversità del loro spirito pubblico.

Le peculiarità nazionali emergono dalla schematizzazione prospettata da Laferrière, secondo cui vi

erano tre modelli di giustizia amministrativa¹⁸⁵, anziché i due delineati da Hauriou¹⁸⁶. Egli includeva nel primo gli ordinamenti più influenzati dall'esperienza giuridica francese: oltre all'Italia, la Spagna, la Germania e l'Austria. Erano ascritti al secondo modello gli ordinamenti in cui non vi erano tribunali amministrativi, ma vi era pur sempre una distinzione delle dispute di diritto pubblico dalle altre dispute che i giudici erano chiamati a dirimere: il Belgio, la Grecia e i Paesi scandinavi¹⁸⁷. Infine, vi erano gli ordinamenti nei quali non vi era una distinzione tra i due tipi di dispute, ossia l'Inghilterra e gli Stati Uniti d'America. Questa ricostruzione presenta un indiscutibile interesse: per la peculiare competenza ed esperienza dell'autore, che fu vice-presidente del *Conseil d'État*, e per la dovizia di dati su cui l'analisi era fondata; per l'accento posto sulla diffusione del modello francese; per la distinzione, più articolata rispetto a quelle prevalenti, tra gli ordinamenti aventi un solo giudice, a seconda che avessero una categoria autonoma di dispute di diritto pubblico o ne fossero privi.

Il riferimento effettuato all'ordinamento belga suggerisce che in esso si sia realizzata una confluenza tra il primo e il terzo modello, associati alla Francia e all'Inghilterra, mentre altri ritennero che l'influenza di quest'ultima fosse di gran lunga prevalente¹⁸⁸. Met-

¹⁸⁵ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., I, p. 27.

¹⁸⁶ M. HAURIOU, *Droit administratif*, cit., p. 14, che giudicava preminente l'assetto organizzativo.

¹⁸⁷ Tra questi, il primo a dotarsi d'una corte amministrativa è stata la Svezia: N. HERLITZ, *Legal Remedies in Nordic Administrative Law*, in *Am. J. Comp. L.* (15), 1966, p. 698.

¹⁸⁸ Per questa tesi, A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa*,

te in discussione l'idea che esso fosse la realizzazione più compiuta dei dogmi della dottrina liberale¹⁸⁹. Non è senza interesse che l'ordinamento italiano, dopo aver inizialmente seguito un percorso analogo, abbia in seguito preso un'altra via. È uno spunto da approfondire, nel raffronto con gli altri due ordinamenti, sulla scia di raffronti già compiuti in passato, cui si può attingere¹⁹⁰. Lo è anche l'inclusione del controllo giurisdizionale che andava emergendo in Austria e in Germania nell'area più direttamente influenzata dal modello francese. Ci si può domandare, in considerazione della diversità dell'assetto istituzionale, se tale inclusione fosse giustificata dalle caratteristiche del controllo giurisdizionale, dalla sua intensità.

Considerate nel loro insieme, queste ragioni spiegano perché si sia ritenuto necessario cercare di far sì che i risultati dell'indagine empirica non fossero falsati dalla scelta di un unico o prevalente assetto di tipo istituzionale. Spiegano, altresì, le scelte riguardanti gli ordinamenti inclusi nella comparazione diacronica. Bisogna fare altrettanto per le esclusioni. Esse sono dipese dalla mancanza di un sistema di garanzie giurisdizionali, nel caso russo¹⁹¹. Diverso è il

cit., p. 95, secondo cui in Belgio «si realizzarono i desiderati estremi della scuola liberale». Sul «mito del giudice unico», L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 323.

¹⁸⁹ G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E. ORLANDO, Milano, S.E.L., 1901, V, p. 318.

¹⁹⁰ J.C. ESCARRAS, *Les expériences belge et italienne d'unité de la juridiction*, Paris, LGDJ, 1972.

¹⁹¹ Secondo M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, cit., p. 34, corti speciali vennero create dopo il 1905, contro gli oppositori politici, più che per le dispute amministrative. In senso conforme, R. WORTMAN, *Russian Monarchy: Representation*

caso della Spagna, il cui sistema delle tutele è però per un lungo periodo di tempo rimasto ai margini dei cambiamenti intervenuti nel resto d'Europa¹⁹².

Il raffronto è stato svolto, quindi, tra vari ordinamenti accomunati dall'esistenza di un giudice competente in materia amministrativa¹⁹³ e distinti nell'organizzazione della giustizia e nella morfologia dei rimedi. Si tratta dei due ordinamenti tradizionalmente inclusi nei raffronti concernenti il diritto pubblico, cioè la Francia e l'Inghilterra, ai quali si sono aggiunti l'Impero austriaco e l'Impero tedesco, nonché il Belgio e l'Italia. Ciò ha consentito di porre a confronto le soluzioni emerse in sistemi aventi un giudice unico per tutte le controversie, un giudice amministrativo con competenza limitata e un giudice amministrativo equiordinato ai tribunali ordinari.

4.4. *Il diverso contesto istituzionale e culturale*

Può essere di qualche utilità ricordare che gli istituti della giustizia amministrativa, all'inizio del periodo considerato, non erano semplicemente diversi,

and Rule, Boston, Academic Studies Press, 2013, p. 14; N. ASSA, *How Arbitrary was Tsarist Administrative Justice?*, in *Law & Hist. Rev.* (24), 2006, p. 2.

¹⁹² E. GARCIA DE ENTERRIA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. Un cambio de paradigma?* (2007), tr. it. di S.R. Masera, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 31. Sulla difficoltà della Spagna ad adeguarsi al liberismo politico, J. VICENS VIVES, *Aproximación a la Historia de España*, tr. it. a cura di G. Turin, *Profilo della storia di Spagna*, Torino, Einaudi, 1966, p. 19.

¹⁹³ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 2.

nell'assetto istituzionale e nella morfologia. Lo erano a seguito di un dibattito che durò tutto l'Ottocento, coinvolse studiosi e statisti, ebbe momenti di particolare asprezza.

In Francia, uno tra i primi mutamenti istituzionali che contraddistinsero la Rivoluzione fu l'abolizione dei *parlements*, visti come altrettante sedi d'una giustizia di parte. Ma fu per decisione di Napoleone che le liti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni furono attribuite al *Conseil d'État*. I suoi critici, prima e dopo il 1815, videro in ciò un simbolo del bonapartismo, uno strumento di un governo accentrato e autoritario ben più di quanto lo fosse quello dell'*Ancien régime*¹⁹⁴. Altri vi rinvennero un'inversione di tendenza rispetto al disordine della Rivoluzione e soprattutto rispetto alle frequenti e gravi violazioni dei diritti che pure essa aveva solennemente proclamato¹⁹⁵. Al periodo di relativo appannamento del *Conseil d'État* durante la Restaurazione seguì un progressivo rilancio, culminato alcuni decenni più tardi nella fase di fulgore all'epoca del Secondo Impero. Nell'insieme, per il diritto amministrativo non vi fu soluzione di continuità all'instaurarsi della III Repubblica. Il recupero del pluralismo politico non provocò un riflusso nell'assetto istituzionale incentrato sul giudice unico.

Quell'assetto permaneva invece nell'altra principale potenza europea, l'Inghilterra. Tra il 1854 e il 1873, varie leggi confermarono la scelta di fondo a fa-

¹⁹⁴ J.P. CHALINE, *Le Conseil d'Etat de 1830 à 1848*, in *Rev. adm.*, (51), 1998, p. 9.

¹⁹⁵ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit*, cit., p. 330.

vore del monismo, riunirono alcune corti plurisecolari in istituzioni aventi una giurisdizione generale¹⁹⁶.

L'assetto di tipo monista fu mutuato dai riformatori belgi nel 1831. La giustizia amministrativa, quale era venuta configurandosi in Francia e in Olanda, era bandita dagli articoli 92 e 93 della Costituzione belga del 1831, in base ai quali «le contestazioni che hanno per oggetto i diritti civili» e «le contestazioni che hanno ad oggetto i diritti politici» erano «di spettanza dei tribunali», cioè dei giudici ordinari. La decisione politica era chiara: fare a meno, in un'ottica liberale¹⁹⁷, del Consiglio di Stato, che nel periodo dell'unione politica con l'Olanda era stato visto come uno strumento di oppressione. Lo erano assai meno le conseguenze operative, per via dei dubbi interpretativi riguardanti gli interessi meritevoli di essere protetti¹⁹⁸. Ad ogni modo, l'affinità con il modello inglese fu sottolineata dai contemporanei, fu confermata cinquant'anni più tardi da Dicey, secondo cui parecchi principi del costituzionalismo inglese erano rinvenibili nella Costituzione belga¹⁹⁹.

Proprio per questo motivo, quanti intendevano riformare la giustizia amministrativa in Germania e in Italia si erano ispirati all'esempio belga. Dopo i moti del 1848, la Costituzione dell'Impero tedesco

¹⁹⁶ M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, cit., p. 105.

¹⁹⁷ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration. Étude de droit administratif comparé*, cit., p. 182; P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard et Brière, 1916, p. 12. Ciò conferma l'importanza dell'uso della comparazione in chiave di contrasto, di rifiuto di un determinato istituto o gruppo d'istituti.

¹⁹⁸ P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, cit., p. 259.

¹⁹⁹ A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, cit., p. 205.

elaborata a Francoforte aveva disposto la separazione tra l'amministrazione e la giurisdizione e la «cessazione» della giustizia amministrativa, con attribuzione ai tribunali di tutte le dispute riguardanti «le violazioni dei diritti»²⁰⁰. Allo stesso modo, all'indomani dell'unificazione politica italiana, l'articolo 2 della legge n. 2248 del 1865, allegato E, aveva abolito il contenzioso amministrativo, aveva attribuito «alla giurisdizione ordinaria ... tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione».

Nei decenni seguenti, intervennero mutamenti di segno opposto. Nella Germania bismarckiana, ancora dominata dal particolarismo giuridico²⁰¹, alcuni affermarono la necessità di creare tribunali «di diritto pubblico», altri sostennero con forza la necessità d'una giurisdizione amministrativa che assumesse un'alta vigilanza sull'azione delle amministrazioni senza interferire con essa. Questa seconda opzione prevalse. Gli Stati germanici più vicini alla Francia istituirono appositi tribunali amministrativi: è il caso del Baden (1863) e dell'Assia (1875), subito seguita dalla Prussia²⁰². Sempre nel 1875 la legge austriaca del

²⁰⁰ Articoli 181 e 183 della Costituzione dell'Impero Tedesco del 28 marzo 1849. Secondo G. LASSAR, *Administrative Jurisdiction in Germany*, in *Economica* (20), 1927, p. 181, alla base vi era un'affinità con la cultura inglese (ma l'A. utilizzava un diverso ordine d'idee, cioè la consanguineità). Per una diversa ricostruzione E. SCHMIDT-ABMANN – S. DAGRON, *Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand*, in *Rev. fr. adm. publ.* (127), 2008, p. 525.

²⁰¹ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. XIII.

²⁰² Per una retrospettiva, K. LANGFORD, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court 1876-1914*, in *Central Eur. Hist.* (37), 2004, p. 203.

22 ottobre (entrata in vigore l'anno successivo) istituì il *Verwaltungsgerichtshof*, configurandolo come giudice di ultima istanza. Nel giro di pochi anni, altri tribunali amministrativi vennero istituiti nel Württemberg (1877) e in Baviera (1878).

Era a questo modello che Silvio Spaventa fece riferimento nel discorso di Bergamo, propugnando l'attribuzione dell'alta vigilanza sull'amministrazione a un'apposita magistratura²⁰³. Al di là dell'accesa polemica politica tra gli uomini appartenenti a diversi schieramenti, vi è un dato di fondo, su cui le analisi degli studiosi di ieri e di oggi tendono a convergere, pur dandone diverse spiegazioni. Il dato è che, dopo l'entrata in vigore della legge abolitiva del contenzioso, non tardarono a manifestarsi inconvenienti, lacune. L'orientamento restrittivo nel sindacato giurisdizionale svolto dai giudici ordinari si manifestò, come in Belgio, nei casi in cui l'amministrazione esercitava poteri discrezionali. La spiegazione che ne è stata data fa leva sulla scarsa propensione dei giudici ordinari a immischiarsi in dispute di questo tipo²⁰⁴.

²⁰³ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione* (1880), in *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, Istituto di studi filosofici, 2007, p. 58. Sui sistemi di giustizia amministrativa preesistenti al 1865, R. FEOLA, *La monarchia amministrativa: il sistema del contenzioso nelle Due Sicilie*, Napoli, Jovene, 1984; F. MERUSI – G.C. SPATTINI – E. FREGOSO, *Il contenzioso amministrativo di Maria Luigia*, Milano, ISAP, 2013. Sulle differenze rispetto alla tradizione francese, V. WRIGHT, *Conseil d'État et Consiglio di Stato: le radici storiche della loro diversità*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 31.

²⁰⁴ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., p. 15; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (III), in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 240 (secondo cui la Cassazione ha optato per la «non invadenza, ...

È una spiegazione non pienamente soddisfacente, perché non tiene nel debito conto gli strumenti di tutela. In assenza d'una disciplina delle modalità di esercizio dei poteri esercitati dall'amministrazione, questa poteva agire indisturbata, in modo non necessariamente ingiusto, ma non censurabile²⁰⁵. Poteva farlo, a maggior ragione, se il giudice non disponeva di adeguati strumenti di controllo, come quelli disponibili in Francia.

Probabilmente non a caso, la soluzione che si concretizzò nella legge del 1889 consistette nell'istituire la IV sezione del Consiglio di Stato, che Spaventa stesso fu chiamato a presiedere. La funzione di risoluzione delle controversie tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni fu attribuita a un'istituzione strettamente collegata con il potere esecutivo, pur se in posizione di autonomia. D'altronde, da tempo il Consiglio di Stato disponeva di attribuzioni consultive in rapporto al ricorso al Re. Si è impiegata l'espressione «risoluzione delle controversie» perché la legge del 1889 costituì una «sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa» (articolo 1), senza attribuirle natura giurisdizionale, sicché i dubbi avanzati nelle sedi istituzionali e in quelle scientifiche furono rimossi più tardi, dalla legge del 1907²⁰⁶.

che in risultanza è un'automutilazione»); R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 54, («un giudice pavido»).

²⁰⁵ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione*, in *Garanzia ed efficienza dell'azione amministrativa*, cit., p. 26.

²⁰⁶ Tra gli studiosi che parteciparono al medesimo volume del *Trattato dell'Orlando*, F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza*, in *Primo*

Insomma, l'azione che lo Stato poteva svolgere, per controllare l'esercizio del potere da parte dei propri amministratori assunse svariate forme. Da un lato, come in Inghilterra, così nel Belgio, la giurisdizione continuò a svolgersi nelle forme tradizionali. Dall'altro lato, come in Austria e in Germania, così in Italia, ci si allontanò da un assetto nel quale la giurisdizione si configurava come unitaria. Si optò per un'apposita magistratura. Lo scopo dell'analisi non è discutere l'adeguatezza di queste istituzioni alla stregua di una lista d'ideali criteri e controindicazioni, bensì comprendere come esse fornirono risposte alle sollecitazioni che emergevano dall'economia e dalla società.

4.5. *L'incremento del contenzioso*

Si è ricordato all'inizio che, all'inizio del periodo considerato, il quadro era radicalmente mutato rispetto alla metà del Secolo. Lo era, in particolare, nel paradigma allocativo, per via del protagonismo dello Stato nella vita economica e sociale, che si manifestava nella previsione di controlli sull'industria e nella disponibilità di nuovi servizi pubblici a livello nazionale e locale. Lo era, altresì, nella distribu-

trattato completo di diritto amministrativo, Milano, S.E.I., 1901, p. 219 lasciò la questione impregiudicata; G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, cit., p. 473 reputò che la IV Sezione fosse un organo giurisdizionale. Sulla concezione obiettiva del diritto, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 525. Sulla prevalenza del giudice amministrativo, E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino*, cit., p. 31; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (62), 2013, p. 47.

zione del lavoro, a causa dell'incremento del ceto degli impiegati pubblici. Ci si può domandare se e in quali modi il mutamento si sia riflesso nella giurisprudenza.

Le ricerche empiriche attestano l'incremento delle controversie e la loro differenziazione sotto il profilo materiale. All'inizio del periodo considerato, vi era un netto divario tra il numero delle decisioni giudiziarie adottate dal giudice amministrativo francese, che erano quasi un centinaio all'anno²⁰⁷, e il numero delle decisioni adottate dagli altri giudici amministrativi. Ma quel divario si ridusse nell'arco del ventennio. Per esempio, in Italia la IV sezione adottò pochissime decisioni nei primi anni, ma alla fine del periodo ve n'erano quasi trecento. Un'ulteriore riprova dell'incremento del contenzioso può essere tratta dall'istituzione della V sezione, nel 1907. Per gli ordinamenti di tipo monistico, l'individuazione delle decisioni giudiziarie rilevanti è meno agevole. Ma la tendenza che quei dati, nell'insieme, configurano è chiara: all'ampliamento delle attività amministrative corrispose un incremento del contenzioso in Belgio e in Inghilterra²⁰⁸.

Una spiegazione incentrata su una sola causa e per di più di tipo meccanico, peraltro, non pare appagante. Una correlazione di tipo semplice non sembra in grado di sostenere una ricostruzione complessiva.

²⁰⁷ J. MERCIER, *The Judicial Elaboration of Administrative Standards in France (1890-1910)*, in corso di pubblicazione.

²⁰⁸ Y. MARIQUE, *The Administration and the Judge: Pragmatism in the Belgian Case Law (1890-1910)*, in corso di pubblicazione; C. McCORMICK, *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*, in *It. J. Publ. L.* (10), 2018, p. 62.

Essa rischia di provare troppo²⁰⁹. Non si può escludere che sull'incremento del contenzioso abbia influito una serie di concause, segnatamente la maggiore propensione dei cittadini e delle imprese a rivolgersi ai giudici e una maggiore disponibilità di questi ultimi a riconoscere la legittimazione processuale, per assicurare che vi fossero un giudice e un giudizio per una categoria più o meno ampia di situazioni giuridiche soggettive. I dati acquisiti offrono spunti di un certo interesse relativamente a entrambe, soprattutto alla seconda.

Prima di darne conto, bisogna sottolineare un dato comune a tutti gli ordinamenti selezionati ai fini della comparazione. Si tratta di un dato assai significativo perché la dinamica delle controversie, vista in modo aggregato, è concisa con profondi cambiamenti nella loro composizione, cioè nell'oggetto e quindi nella tipologia degli interessi in gioco. L'amministrazione *fin-de-siècle* – e, di riflesso, la giustizia relativa all'amministrazione – fu frequentemente chiamata ad assumere decisioni sugli interessi ai beni della vita che erano più intensamente protetti dagli ordinamenti giuridici sul finire dell'epoca liberale, ossia la libertà personale e la proprietà. Di fronte ai profondi cambiamenti sociali e politici, l'amministrazione non si limitò a esercitare i tradizionali poteri relativi all'imposizione fiscale e alla polizia. Agì con durezza nei confronti di quanti erano ritenuti essere sobillatori o dediti ad attività contrarie alla morale. Esercitò un'amplissima discrezionalità, poco o punto frenata dai giudici ordinari. Le decisioni della Corte di Cassazione belga in base alle quali non era ammes-

²⁰⁹ J. RIVERO, *Préface*, cit., p. 8.

so alcun ricorso contro l'ordine di demolizione di un edificio ritenuto a rischio di crollo e l'iscrizione d'una donna nel registro delle prostitute ne costituiscono altrettante dimostrazioni²¹⁰. Si moltiplicarono anche le dispute concernenti la delimitazione delle proprietà pubbliche e private, in relazione all'espropriazione per pubblica utilità e al mutamento della natura delle strade, che da private divennero pubbliche in conseguenza dell'urbanizzazione. In tutta Europa, i proprietari reagirono nei confronti degli obblighi – che reputavano illegittimi, in quanto *ultra vires* o sproporzionati – relativi all'illuminazione delle strade o alla gestione degli argini dei fiumi. Il più accentuato protagonismo dello Stato fu contestato anche in rapporto ai controlli amministrativi svolti sulle imprese e, soprattutto in alcuni Paesi, sulle istituzioni religiose.

Si confermò, così, un tratto fondamentale dello Stato ottocentesco, dalla cui ingerenza i privati cercavano di difendersi mediante gli strumenti disponibili, primo tra tutti il controllo giurisdizionale²¹¹. Il giudice era chiamato a far sì che l'amministrazione non esorbitasse dalle proprie competenze, non abusasse dei propri poteri, esercitandoli per fini diversi rispetto a quelli previsti dalla legge. In quel periodo, iniziò anche ad avere una certa ampiezza un altro

²¹⁰ Le decisioni del 1861 e del 1887 sono richiamate in P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, cit., p. 259.

²¹¹ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 176, per l'osservazione che il diritto di polizia era «il perno e il modello su cui la giurisprudenza e la dottrina svilupparono il sistema del diritto amministrativo nello Stato di diritto»; J. PETIT, *La police administrative*, in P. GONOD – F. MELLERAY – P. YOLCKA (sous la direction de), *Traité de droit administratif*, cit., II, p. 6.

tipo di dispute, attivate da quanti avevano un interesse a utilizzare i beni pubblici, che nell'Europa continentale erano incluse nelle varie categorie di beni demaniali oppure chiedevano dall'amministrazione il pagamento delle somme di denaro previste per lo svolgimento di determinati compiti, ritenuti d'interesse generale.

Una controversia solo apparentemente minore risolta dal *Conseil d'État* nella Francia del primo Novecento, il caso *Terrier*, fotografò questo importante cambiamento²¹². Un'amministrazione comunale, nell'area del massiccio del *Jura*, promise premi in denaro a quanti avessero contribuito all'eliminazione delle vipere, ritenute troppo numerose e pericolose. A tal fine, stanziò duecento franchi e richiese che gli interessati presentassero un atto del sindaco attestante l'avvenuta eliminazione delle vipere, ma l'incentivo ebbe un successo superiore alle aspettative, la somma stanziata si rivelò insufficiente a esaudire tutte le richieste. Un richiedente presentò ricorso al Consiglio di prefettura, che si dichiarò incompetente, mentre il *Conseil d'État* affermò la propria competenza e accolse il ricorso. Seguì il ragionamento del *commissaire du gouvernement* Romieu: il consiglio comunale aveva agito nell'ambito delle proprie competenze promettendo premi a quanti si fossero impegnati a rendere un servizio alla collettività; un'apposita linea di credito era stata iscritta nel bilancio comunale; l'interessato poteva quindi «reclamare l'allocazione d'una somma di denaro a quel titolo».

La decisione attirò l'attenzione di Hauriou. Egli

²¹² *Conseil d'État*, 6 febbraio 1903, *Terrier c/ Département de Saône-et-Loire*.

non nascose la «profonda soddisfazione» per una decisione che «consacrava» l'estensione del contenzioso amministrativo alle dispute concernenti gli enti locali e, al tempo stesso, ad affari relativi allo svolgimento di un servizio pubblico o all'esecuzione di misure riguardanti i mezzi dell'attività amministrativa. Sottolineò il *révirement* del *Conseil d'État*, insito nella scelta di fare riferimento al *service public*, sia pure in modo generico. Osservò che ciò poteva servire di monito per gli amministratori pubblici nel momento in cui decidevano di assumere impegni finanziari. Ma rilevò, pur tra tanti elementi a supporto della decisione presa dal *Conseil d'État*, che quello principale era la necessità di salvaguardare l'aspettativa dei cacciatori, i quali non avevano modo di sapere se avrebbero potuto accedere al beneficio promesso per quel servizio reso alla collettività²¹³. Nell'ordine di concetti d'oggi si direbbe che vi era un legittimo affidamento, degno di protezione. Negli anni immediatamente successivi, anche nel resto d'Europa, i servizi pubblici erogati dai comuni ebbero dappertutto un notevole incremento, tanto da rendere impensabile l'applicazione dei principi di diritto privato, come Santi Romano osservò a proposito dell'estinzione degli incendi²¹⁴.

Infine, aumentò il contenzioso riguardante gli addetti alle pubbliche amministrazioni. In ciò si manifestò la reazione dei funzionari pubblici nei confronti di quelle che essi percepivano come indebite

²¹³ M. HAURIU, *L'extension du contentieux administrative aux affaires départementales et communaes et à tout ce qui est execution du service public* (1905), ora in *Rev. gén. dr.*, accessibile sul sito www.revuegeneraledudroit.eu.

²¹⁴ S. ROMANO, *Il rimborso al Comune delle spese per l'estinzione degli incendi*, in *Scritti minori*, cit., II, p. 311.

violazioni dei loro diritti individuali, prima che si manifestasse la tendenza alla difesa organizzata degli interessi comuni all'interno delle organizzazioni sindacali, che tanto sorprese e turbò gli studiosi dell'epoca, convinti che i titolari degli uffici dello Stato non potessero contrapporsi ad esso. E tuttavia quello degli impiegati pubblici divenne un contenzioso in continua espansione, tanto che nell'Italia giolittiana fu per la prima volta disposta con legge l'instaurazione della giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato, sulla cui natura di giudice non vi erano più dubbi.

Se le risultanze complessive dell'indagine nel ventennio a cavallo tra i due secoli furono quelle riasunte, è tuttavia opportuno distinguere due momenti del controllo esercitato dai giudici: il vaglio effettuato sull'ammissibilità dei ricorsi presentati da quanti avevano un interesse o un diritto da difendere, o semplicemente una protesta da insinuare, e i parametri del giudizio sulla legittimità della condotta delle amministrazioni le cui decisioni erano contestate.

4.6. L'accesso alla giustizia verso l'amministrazione

Qualunque sia l'assetto dato alla giustizia verso l'amministrazione, chi è chiamato a risolvere le dispute che la riguardano ha una funzione di *gatekeeper*, nel senso di decidere quali tipi d'interessi o di diritti, vantati da quali figure giuridiche soggettive, abbiano titolo ad accedere alla giustizia. È una funzione delicata, non solo per una ragione generale, la scarsità delle risorse disponibili rispetto ai molteplici usi possibili, ma anche perché, come Hauriou affermò icasticamente, giudicare l'amministrazione è pur sempre una forma di coinvolgimento nell'ammini-

strare²¹⁵. Ciò può mettere in dubbio la legittimazione del giudice in rapporto alla separazione dei poteri, pur nelle varianti che si sono storicamente affermate, e all'adeguatezza delle competenze tecniche di cui esso dispone. Per queste ragioni, diversi ordinamenti giuridici possono esprimere concezioni assai differenti della giustizia amministrativa e configurare la legittimazione processuale dei privati in modi che si situano tra i due estremi dell'accesso centellinato e dell'azione popolare. Possono farlo anche rispetto a un'altra tipologia di dispute che è stata spesso sottovalutata, ossia le dispute tra pubbliche amministrazioni. Perfino all'interno del medesimo ordinamento possono alternarsi, come sovente è accaduto, orientamenti volti ad ampliare l'ambito della tutela o a restringerlo.

Queste constatazioni non sminuiscono l'importanza delle disposizioni costituzionali e legislative che regolano l'accesso alla giustizia, bensì sottolineano che, nella realtà effettuale, esse risentono d'una serie di fattori. Nel novero di quei fattori, vi sono le convenzioni interpretative, le teorie generali, le considerazioni di ordine pratico, finanche la posizione dei magistrati nella società²¹⁶, come è stato osservato più volte relativamente ai giudici ordinari italiani e ai giudici inglesi, per segnalarne la riluttanza a dare spazio a nuovi interessi. Questi fattori inducono a considerare con molta cautela le ricostruzioni che

²¹⁵ M. HAURIOU, *L'extension du contentieux administratif*, cit., p. 3 («prononcer en matière de contentieux administratif, c'est encore administrer»).

²¹⁶ Sui limiti – tra cui il costo – all'accesso alle corti inglesi, M. WEBER, *Economia e società*, cit., III, p. 198.

prospettano correlazioni semplici tra modifiche delle norme processuali e modifiche dell'accesso alla giustizia. Retrospectivamente, essi dispiegano una significativa capacità esplicativa in rapporto al periodo tra Otto e Novecento.

Cominciando con l'ordinamento italiano, sotto la presidenza di Spaventa la IV Sezione si preoccupò subito di respingere le interpretazioni restrittive prospettate dall'avvocatura erariale rispetto alla legge del 1889. Un esempio illuminante è fornito dalla decisione adottata il 12 agosto 1891 sul ricorso presentato dal Comune di Arpino contro la decisione prefettizia di nominare come custode carcerario una persona diversa da quella scelta dall'amministrazione comunale. La sezione ritenne ammissibile il ricorso del Comune. Scartò la tesi che il decreto prefettizio costituisse un atto di ordine politico, sottratto al proprio sindacato e annullò il decreto. Ciò che presenta maggiore rilievo è l'intavolazione del concetto d'interesse. Questo, secondo la sezione, non poteva «essere arbitrariamente ristretto soltanto agli interessi materiali e patrimoniali degli individui, potendo per quel chiaro testo di legge [l'articolo 24 della legge organica sul Consiglio di Stato] essere oggetto di ricorso a questa Sezione gli atti legittimi dell'autorità amministrativa che ledano interessi non solo d'individui, ma anche di enti morali giuridici, e dovendo nell'ampio concetto dell'interesse comprendersi ogni interesse, quali che siano i vantaggi, le facoltà, i poteri e le funzioni cui esso si riferisce o che spettino a tali enti nella loro qualità di persona civile, o che spettino ad essi essenzialmente nella loro qualità di persona pubblica, cioè di organismi rivestiti di pubblica autorità. E senza dubbio principalissimi tra siffatti enti sono i Comuni».

L'aver riportato per intero questa parte della motivazione torna utile per due motivi: in primo luogo, per sottolineare la disponibilità del Consiglio di Stato a realizzare l'obiettivo principale della legge del 1889, cioè dare tutela a ogni tipo d'interesse, pur nel quadro d'una giurisdizione obiettiva, ben diversa rispetto a quella ordinaria²¹⁷; in secondo luogo, per segnalare, con riferimento ai comuni, che questi erano ritenuti «rappresentanti di un ordine importante di diritti pubblici, quali sono quelli derivanti dai rapporti della vita locale»²¹⁸.

In ciò s'intravede, oltre alla disponibilità a rendere giustizia nei rapporti tra i diversi livelli di governo, che si manifestò anche in Belgio²¹⁹, la consapevolezza della potenziale ampiezza del concetto d'interesse²²⁰. Vi si intravede anche l'influenza dell'orientamento cui il Consiglio di Stato si era attenuto dopo il 1865, in sede di decisione sui ricorsi straordinari al Re. Questa chiave di lettura, che trova conferma in uno

²¹⁷ M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico* (1970), ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, p. 894.

²¹⁸ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 52; M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa*, cit., p. 345.

²¹⁹ Y. MARIQUE, *The Administration and the Judge: Pragmatism in the Belgian Case Law (1890-1910)*, cit., § 2.5.

²²⁰ Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 12 agosto 1891, *Comune di Arpino*, in *Foro it.*, 1891, III, 17. Per l'esame della giurisprudenza, A. BASSANI, *Establishing judicial review of administrative action in Italy: the Council of State 1890-1910*, cit. Sul concetto d'interesse, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985.

tra i pochi studi finora effettuati in questo ambito²²¹, induce a ritenere persuasiva l'obiezione mossa tempo addietro da Mario Nigro alla tesi secondo cui la classe dirigente italiana si è limitata a mutuare soluzioni proprie di altri Paesi²²².

Per verificare se si trattasse d'una tendenza generale, bisogna vedere se il concetto d'interesse era inteso in senso ampliativo anche nella giurisprudenza delle altre nazioni europee. In quella francese, dopo il fondamentale mutamento costituzionale del 1872, con il passaggio alla *justice déléguée*, la giurisdizione del giudice amministrativo si era consolidata nel 1889: accogliendo un ricorso che gli era pervenuto senza passare per il filtro ministeriale, il *Conseil d'État* si considerò come il giudice amministrativo di diritto comune²²³.

Seguì ben presto un ampliamento del concetto d'interesse. Esso si manifestò nel contenzioso relativo al pubblico impiego²²⁴. Il *Conseil d'État* giudicò ammissibili le impugnative presentate dai funzionari pubblici contro i provvedimenti dei propri colleghi, segnatamente ai fini della progressione in carriera²²⁵. Dal canto suo, il *Tribunal des conflits* mutò orienta-

²²¹ A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine, La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 77, relativamente ai pareri resi sui ricorsi al Re.

²²² M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa*, cit., p. 874.

²²³ *Conseil d'Etat*, 13 dicembre 1889, *Cadot*; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., p. 61.

²²⁴ J. MÉRCIER, *Administrative Justice fin de siècle: France (1890-1910)*, cit.

²²⁵ *Conseil d'Etat*, 11 dicembre 1903, *Sieur Lot*; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 258.

mento in un contenzioso assai delicato, ossia quello concernente le decisioni di polizia amministrativa sfavorevoli agli oppositori del governo, le quali non furono più considerate atti politici, immuni al sindacato²²⁶. Vi sono quindi riscontri all'opinione di Duguit, secondo cui il *Conseil* agiva con una certa liberalità²²⁷.

Il sistema delle tutele aveva un impianto ben diverso in Austria, dove il *Verwaltungsgerichtshof* era dotato di un potere di tipo cassatorio, nel senso che poteva soltanto annullare gli atti per motivi di legittimità, senza valutare gli elementi di fatto²²⁸. Un importante tratto distintivo della giurisdizione amministrativa austriaca consisteva nella delimitazione del suo ambito con riferimento ai diritti: la Corte aveva, cioè, il potere di «decidere in tutti i casi in cui qualcuno afferma che i suoi diritti sono stati violati da una decisione di un'autorità amministrativa in violazione della legge»²²⁹. Nel novero di quei diritti vennero ricompresi quelli messi in primo piano dalle costituzioni e dai codici ottocenteschi, ossia la proprietà e l'iniziativa economica privata. Ma si ammisero anche le impugnative di quanti avevano un interesse da tutelare in ordine all'assegnazione delle concessioni per l'eserci-

²²⁶ *Tribunal des conflits*, 15 febbraio 1890, *Vincent*.

²²⁷ L. DUGUIT, *The French Administrative Courts*, in *Pol. Sc. Quart.* (29), 1914, p. 385.

²²⁸ M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa*, cit., p. 894.

²²⁹ Si è riportato l'articolo 2 della legge del 1875, nella traduzione di A. FERRARI ZUMBINI, *La creazione giurisprudenziale tra fine Ottocento e primo Novecento dei principi del giusto procedimento nel diritto amministrativo austriaco*, in *Dir. proc. amm.* (36), 2018, p. 1034 cui si deve anche l'analisi della giurisprudenza.

zio di farmacie, rilasciate senza il previo espletamento d'una procedura pubblica²³⁰.

In Germania, vi erano più corti superiori, ciò che rende ragione dell'esistenza di orientamenti in parte diversi. Tuttavia, pur nel riconoscimento d'una serie di differenze, dovute alla storia e alla cultura, emergono alcuni tratti ricorrenti, che secondo Otto Mayer davano luogo a una vera e propria tendenza comune²³¹: l'opinione che le corti ordinarie e le norme di procedura civile non fossero appropriate per tutelare una serie d'interessi protetti dall'ordinamento, configurati come diritti soggettivi; l'istituzione di corti amministrative, per le controversie riguardanti l'esercizio delle potestà pubbliche²³²; l'emergere d'una concezione del pubblico interesse che poteva ostare, soprattutto per i provvedimenti a più alto tasso di discrezionalità, al sindacato giurisdizionale²³³.

Pur nel quadro d'una siffatta concezione, i giudici amministrativi riconobbero l'interesse ad agire dei proprietari dei fondi confinanti con quello per il quale l'amministrazione aveva rilasciato un permesso di ampliare una costruzione esistente, benché all'interesse processuale non corrispondesse un interesse sostanziale alla limitazione dell'incidenza della costruzione sull'aria e sulla visibilità²³⁴.

²³⁰ Corte amministrativa imperiale, sentenza 13 maggio 1905, n. 3544.

²³¹ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., I, p. 78.

²³² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 38.

²³³ L. WEIDEMANN, *Standards of judicial review of administrative action (1890-1910): the German Empire*, in corso di pubblicazione.

²³⁴ Alta Corte Amministrativa del Württemberg, decisione del 7 ottobre 1896.

Riconobbero il diritto dei terzi a contestare la violazione delle norme che fissavano le distanze minime tra gli edifici²³⁵. Riconobbero l'interesse a ricorrere anche laddove finirono per negare l'esistenza di un vero e proprio diritto, per esempio a tenere conto degli interessi dei residenti ai fini della regolazione dell'uso d'una via cittadina²³⁶.

Ben diverso, per le ragioni esposte in precedenza, era l'assetto delle tutele in Inghilterra: perché questo era incentrato sulla giurisdizione ordinaria e perché, sul piano processuale, le tutele erano connesse con una serie di azioni (in particolare, il *certiorari* e il *mandamus*), la cui complessità divenne oggetto delle critiche di Jeremy Bentham e di molti altri nella seconda metà dell'Ottocento. Le corti, inizialmente ferme nel loro rifiuto di concedere il *certiorari* ove gli interessati non fossero in grado di dimostrare l'esistenza d'una situazione giuridica ben differenziata rispetto «al resto del pubblico»²³⁷, successivamente mostrarono un orientamento più «liberale»²³⁸. Un caso istruttivo riguardò il riconoscimento del *locus standi* e la conseguente concessione del *certiorari* a ricorrenti che erano «soltanto rivali in commercio» rispetto alla persona cui era stata rilasciata una concessione per l'esercizio di una birreria²³⁹.

²³⁵ Alta Corte Amministrativa della Sassonia, decisione del 15 luglio 1903.

²³⁶ Alta Corte Amministrativa della Prussia, decisione del 10 maggio 1897.

²³⁷ *House of Lords, R. v Nicholson* (1899).

²³⁸ C. McCORMICK, *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*, cit., p. 62.

²³⁹ *House of Lords, R. v Groom and Others, ex p. Cobbold and Others* (1901).

Si possono constatare due tendenze comuni. La prima è l'interpretazione estensiva, più liberale, attribuita alle clausole determinative dell'interesse a ricorrere²⁴⁰. La seconda è la ragion d'essere di questo orientamento, cioè lo sforzo compiuto dalla cultura giuridica per prendere atto della mutazione profonda che la società, oltre che l'economia, aveva sperimentato nel volgere di pochissimi decenni: dalla tradizionale società di ceti a una società più mobile e frammentata, per la quale alla preoccupazione di vigilare sulla condotta degli amministratori pubblici, nell'interesse dell'ordinamento oggettivamente considerato, si sovrapponeva la richiesta di maggiori gradi di protezione per gli interessi individuali.

4.7. *La giustizia nell'amministrazione*

Già all'inizio del periodo considerato e ancor di più verso la sua fine, la protezione degli interessi tiene conto del procedimento. Spicca la legge austriaca del 1875, che richiedeva alla Corte imperiale di sanzionare la violazione delle forme essenziali. Le norme francesi, italiane e tedesche non contenevano una norma siffatta. Non la si trovava neppure nell'ordinamento inglese, modellato dal *common law*. Tuttavia, se dalla legislazione si passa alla giurisprudenza, ci si accorge dell'emergere di significativi tratti comuni.

Nell'ordinamento inglese, l'elaborazione giurisprudenziale della giustizia procedurale risale all'epoca dei Tudor. In quell'epoca emersero i due ba-

²⁴⁰ E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le controle de l'administration: techniques, étendue, effectivité des controles*, in *Rév. Adm.* (53), 2000, p. 151 (che notava una «*reconnaissance généreuse*»).

silari canoni della *natural justice*: la regola contro il *bias*, ossia *nemo iudex in causa sua*, e l'obbligo di dare a qualsiasi soggetto portatore d'interessi riconosciuti dall'ordinamento la possibilità di essere ascoltato prima che una decisione sfavorevole sia presa nei suoi confronti, ossia *audi alteram partem*²⁴¹. Nell'Ottocento, i giudici inglesi serbavano buona memoria di quei canoni di *natural justice*. All'inizio del periodo considerato, in più di un caso la Corte di appello fece riferimento alla regola *audi alteram partem*, considerata un «*elementary principle of justice*»²⁴². La applicò in un caso concernente l'ordine di demolizione di un edificio per asserite ragioni di sanità pubblica²⁴³ e in un altro caso concernente il licenziamento d'un membro di un organo consultivo, senza che questi fosse informato degli addebiti e gli fosse consentito di esporre le proprie ragioni²⁴⁴.

Una pronuncia spicca su tutte, per la particolare chiarezza che la contraddistinse e per i frequenti richiami effettuati dalla giurisprudenza successiva: si tratta della sentenza resa dalla *House of Lords* nella disputa tra un gruppo di docenti dello Yorkshire e il locale *Board of Education*. Alla base della disputa vi fu un mutamento delle regole riguardanti le scuole elementari private. Esse vennero incluse in una sorta

²⁴¹ Su questa vicenda, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 51.

²⁴² C. McCORMICK, *Judicial Review of Administrative Action in the United Kingdom: The Status of Standards Between 1890 and 1910*, cit., p. 86.

²⁴³ *Hopkins and Another v. Smethwick Local Board of Health* (1890).

²⁴⁴ *Fisher v. Jackson* (1891).

di sistema unitario, ma poterono mantenere i propri edifici, nonché i canoni per l'istruzione religiosa. Ai loro docenti non fu, però, attribuito il medesimo trattamento economico riservato ai docenti delle altre scuole. Il diniego fu contestato davanti alle corti, fino all'istanza di ultimo grado, presieduta dal *Lord Chancellor*, Lord Loreburn, la cui opinione ottenne l'adesione della maggioranza. Il punto di partenza fu il riconoscimento dell'esistenza di poteri amministrativi contraddistinti da un'ampia discrezionalità. Ma vi erano pur sempre degli aspetti da accertare e considerare in modo appropriato, prima di decidere e tali aspetti riguardavano il diritto e il fatto, o meglio i fatti rilevanti ai fini della decisione. Sotto entrambi i profili, l'autorità pubblica era obbligata a tener conto degli apporti forniti dagli interessati, giacché l'obbligo di agire in buona fede e di ascoltare ogni parte in modo *fair*, cioè giusto, costituisce «un obbligo che incombe su chiunque decida qualsiasi cosa»²⁴⁵. La visione da cui egli moveva – ancorata alla tradizione giuridica del *common law* – non poteva orientarlo che verso un atteggiamento critico nei confronti di ciò che veniva percepito come un uso abnorme del potere, perché non esercitato coerentemente con le istanze della *natural justice*. La sua avversione per questo modo di agire era d'altra parte più che giustificata di fronte ai frequenti provvedimenti estemporanei, privi di un'istruttoria aperta e in contraddittorio.

²⁴⁵ *Board of Education v Rice* (1911). Le parole di Lord Loreburn meritano di essere richiamate per intero: «*They can obtain information in any way they think best, always giving a fair opportunity to those who are parties in the controversy for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view*».

Quella pronuncia fece scuola. Vi si richiamarono i teorici, soprattutto quelli interessati ai principi applicabili al diritto pubblico²⁴⁶, e vari giudici, inclusa la Corte suprema indiana²⁴⁷.

Proprio per la sua valenza esemplare, quella pronuncia è particolarmente utile per sottoporre a un'ulteriore verifica la tesi – diffusa a quell'epoca – che vi fosse un profondo divario tra l'ordinamento inglese e quello francese. Quella tesi mostra tutti i suoi limiti, non appena si considera la giurisprudenza del *Conseil d'Etat*.

Il suo strumento principale fu il sindacato sull'*excès de pouvoir* in vista dell'annullamento degli atti amministrativi²⁴⁸. L'elaborazione di questo rimedio fu opera della giurisprudenza piuttosto che della legislazione. All'interno del sindacato sull'*excès de pouvoir*, il giudice distinse la legalità esterna o estrinseca del provvedimento amministrativo impugnato e la sua legalità interna. Sotto il primo profilo, il ricorrente poteva invocare l'incompetenza o il vizio di forma o di procedura. Sotto il profilo della legalità interna, potevano essere eccepiti la violazione di legge o lo sviamento di potere, se la potestà attribuita dalla legge all'amministrazione non era da essa esercitata in vista del fine od obiettivo canonizzato dalla norma primaria, ma di un altro: questo fu il primo

²⁴⁶ P. VINOGRADOFF, *Some Problems of Public Law*, in *Cal. L. Rev.* (12), 1924, p. 449.

²⁴⁷ Indian Supreme Court, 30 September 1956, *New Prakash Transport Co. Ltd vs. New Suwama Transport*. Si veda anche la sentenza dell'Alta Corte di Calcutta del 1° novembre 1967, *Wiseman vs Borneman and Others*.

²⁴⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction*, cit., I, p. 370 e p. XII («la jurisprudence est ici une des sources essentielles»).

principio sancito dalla giurisprudenza del giudice amministrativo²⁴⁹. Una variante di questo motivo di ricorso consisteva nello sviamento della procedura, nel caso dell'utilizzo d'un procedimento non previsto dall'ordinamento ai fini dell'emanazione del provvedimento impugnato²⁵⁰. Dunque, pur in una cornice giuridica imperniata sull'atto finale²⁵¹, il procedimento iniziava ad assumere rilievo. Ne aveva soprattutto in rapporto al vizio formale o procedurale. È in questo ambito che la giurisprudenza annetteva rilevanza giuridica alla circostanza che una formalità d'una certa importanza non fosse rispettata o una determinata procedura non fosse seguita, senza con ciò conformare il successivo esercizio del potere²⁵². In questo modo, realizzava un equilibrio tra l'esigenza di far prevalere la giustizia sull'arbitrio e la necessità di far prevalere l'interesse di tutti sull'interesse di un singolo o di alcuni.

Questa giurisprudenza non mancò d'influire sugli orientamenti dei giudici belgi, malgrado la diversità dell'assetto istituzionale. Proprio perché la più alta corte controllava la legalità esterna dell'amministrazione, essa non esitò ad annullare gli atti per i quali

²⁴⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction*, cit., I, p. 381; J.M. AUBY, *The Abuse of Power in French Administrative Law*, in *Am. J. Comp. L.* (18), 1970, p. 554. La distinzione tra incompetenza ed eccesso di potere era già segnalata nelle *Instituzioni di diritto amministrativo* di G. ROMAGNOSI, cit., p. 221.

²⁵⁰ M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, I, 160, p. 258 («formalités de procédure»).

²⁵¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit., vol. I, p. 478; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le controle de l'administration*, cit., p. 126.

²⁵² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit., vol. I, p. 351 («actes de puissance publique, des actes administratifs dans le sens qu'il faut donner aux lois du 1790 et de l'an III»).

non fossero state rispettate le formalità previste dalle leggi, segnatamente l'audizione degli interessati e l'esternazione dei motivi²⁵³. In alcuni casi, si spinse oltre, accertando il rispetto di alcuni requisiti formali o procedurali non espressamente stabiliti dalla legge. Lo fece, per esempio, in rapporto ai visti richiesti da alcuni regolamenti provinciali per il traffico delle merci e per l'esercizio del diritto di caccia. Si sforzò di precisare gli ambiti nei quali il rispetto di quei requisiti era richiesto a pena di nullità. Vi incluse i provvedimenti con i quali gli insegnanti erano sospesi o dispensati dall'attività e, in generale, le misure disciplinari nei confronti dei dipendenti pubblici. Una corte inferiore non esitò ad affermare che il diritto di essere ascoltati discendeva da un «superiore principio di giustizia», respingendo il ricorso intentato dal medico licenziato da un'istituzione pubblica sol perché aveva avuto più d'una opportunità per esporre il proprio punto di vista²⁵⁴.

Altre culture giuridiche, segnatamente in Austria e in Germania, avevano nel frattempo preso atto dell'importanza rivestita dal rispetto delle regole procedurali, in vista del perseguimento dell'interesse collettivo e della protezione degli interessi individuali²⁵⁵. Questa maggiore consapevolezza – al di là del contenuto stesso delle soluzioni di volta in volta escogitate – ha dato a quelle culture giuridiche un vantaggio rispetto alla cultura giuridica francese.

²⁵³ Corte di Cassazione, 16 maggio 1898.

²⁵⁴ Tribunale di Bruxelles, 3 dicembre 1907; Y. MARIQUE, *The Administration and the Judge: Pragmatism in the Belgian Case Law (1890-1910)*, cit., § 3.3.3.

²⁵⁵ G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit.

In Austria, già prima del 1890 la Corte imperiale si era impegnata nella costruzione di principi giuridici riconducibili alle «forme essenziali». Ne fece applicazione in un caso riguardante la conversione della natura d'una strada, da privata a demaniale, affermando che il diritto (dei proprietari) di essere sentiti apparteneva alla «natura delle cose» («*die Natur der Sache*»), sicché la sua violazione comportava l'invalidità dell'atto impugnato²⁵⁶. Ribadì tale concezione un decennio più tardi, precisando che l'audizione dell'interessato si configura come doverosa nell'ottica che – con il trasporto di un concetto ben noto nel diritto pubblico italiano – si direbbe del buon andamento, ossia allo scopo di acquisire e soppesare tutti i fatti rilevanti ai fini della decisione²⁵⁷.

In Germania, in una società sempre più orientata verso il capitalismo, sempre più bisognosa di sicurezza e quindi di garanzie nei confronti dell'arbitrio dei pubblici poteri, pur facendosi riferimento a un diverso ordine d'idee, il diritto amministrativo assunse una crescente importanza grazie alle forme, oltre che ai principi generali. L'importanza delle forme si manifestò in un modo assai simile. Nel 1903, in Baviera l'Alta Corte amministrativa giunse alla conclusione che un atto amministrativo lesivo dei diritti di un cittadino, in assenza d'una possibilità di essere ascoltato, doveva essere annullato. Questa decisione giudiziaria è tanto più interessante in

²⁵⁶ Sentenza 24 ottobre 1884, n. 2263. Il riferimento alla «natura delle cose» è sottolineato da A. FERRARI ZUMBINI, *La creazione giurisprudenziale tra fine Ottocento e primo Novecento dei principi del giusto procedimento nel diritto amministrativo austriaco*, cit., p. 1052.

²⁵⁷ Sentenza 10 novembre 1894 n. 8150.

quanto la Corte rinvenne in ciò un errore procedurale essenziale pur se il ricorrente non l'aveva eccepito²⁵⁸. Ciò costituisce una riprova della dialettica tra la concezione oggettiva della giustizia e quella soggettiva, che si è manifestata anche nella sentenza dell'Alta Corte amministrativa della Sassonia riguardante la modificazione di un atto amministrativo favorevole²⁵⁹. È in questo periodo che si è consolidato, secondo Ernst Forsthoff, «il grande significato che spetta a un processo regolare, all'*audiatur et altera pars*»²⁶⁰, pur se Otto Mayer non riteneva che esso asurgesse al rango di principio generale²⁶¹.

L'ordinamento italiano si è in parte conformato a questi criteri. Per un verso, come è stato puntualmente osservato da un ampio filone di studi sulla scia di Benvenuti e di Nigro, la potenzialità insita nell'articolo 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo relativamente alla dialettica tra autorità e libertà all'interno del procedimento non è stata colta, è rimasta tale. Per un altro verso, però, nella giurisprudenza della IV Sezione vi è stata consapevolezza che l'assenza dei requisiti minimi della giustizia procedurale è inaccettabile²⁶². Può considerarsi

²⁵⁸ Sentenza 30 marzo 1903. Per un'analisi, L. WEIDEMANN, *Standards of judicial review of administrative action (1890-1910): the German Empire*, cit., § 4.

²⁵⁹ Sentenza 24 ottobre 1908. Si veda anche la sentenza della Corte del Baden 20 novembre 1901.

²⁶⁰ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 75.

²⁶¹ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. 222.

²⁶² Per la tesi che la giuspubblicistica italiana del periodo liberale sia stata ingiustamente tacciata di autoritarismo, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. X.

esemplare di questa consapevolezza la motivazione della decisione assunta nel caso *Chiantera* (1895)²⁶³. La controversia era originata dal licenziamento d'un un segretario comunale, disposto per motivi di demerito (mancanza di adeguati archivi, irregolare compilazione delle tasse, «partigianeria per la caduta amministrazione»), senza comunicazione degli addebiti, né audizione dell'accusato. La parte pubblica eccepì che «nessun precetto obbligava l'amministrazione all'osservanza delle regole relative ai procedimenti penali». Ma il Consiglio di Stato respinse questa linea di difesa. Affermò che «è principio di eterna giustizia, informato al sacro diritto della difesa di non potersi infliggere una pena senza sentire l'accusato»²⁶⁴. Ne trasse la conclusione che l'aver trasgredito il diritto dell'interessato «ad essere inteso e a difendersi» ne inficiava irrimediabilmente il licenziamento, dando luogo a una «nullità sostanziale».

Il criterio principe era dunque quello della giustizia. Di esso le corti avevano una nozione vasta, non riduttiva, e ricca d'ispirazioni etiche. In una parola, la giustizia era concepita come un valore. E attingeva a un grado di effettività ben maggiore rispetto a quello raggiunto dalla giurisprudenza del giudice ordinario, che pochi anni prima si era accontentato di ribadire la necessità di rispettare la legge²⁶⁵.

²⁶³ Sezione IV, decisione 29 dicembre 1895, n. 423, in A. SANDULLI e G. PASQUINI (a cura di), *Le grandi decisioni del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 53.

²⁶⁴ Allo stesso modo, pochi anni dopo, nella decisione *Carnevale* (1896) il Consiglio di Stato ha dedotto il diritto al contraddittorio dalla «legge di natura».

²⁶⁵ Corte di cassazione, Roma, 7 maggio 1880, *Comune di Roma c. Lenti*, in *Foro it.*, 1880, c. 1193.

4.8. Dalla sovranità alla responsabilità

Da ultimo, va considerata la responsabilità pubblica. Si tratta di un tema d'ineludibile importanza ai fini della verifica dell'ipotesi di lavoro più generale, cioè l'esistenza di un nucleo comune dei diritti amministrativi²⁶⁶. Inoltre, pur se alla fine dell'Ottocento ottenne adesioni la tesi di Tocqueville secondo cui, proprio in rapporto alla responsabilità, vi era un divario tra il diritto amministrativo francese e i diritti di ceppo inglese, non appena si scava un poco più a fondo ci si rende conto che le cose stavano diversamente.

Tocqueville prese le mosse dal ruolo che la Costituzione americana aveva all'interno dell'ordinamento. Essa era all'origine di tutti i poteri, istituendoli prima ancora che regolandone l'esercizio. Discostandosi dalla tradizione giuridica inglese, imperniata sulla *sovereignty of Parliament*, la Costituzione prefigurava il controllo sulle leggi, affermato e svolto dalla Corte suprema a partire dall'inizio dell'Ottocento, in modo da formare una barriera contro la tirannia delle assemblee politiche. In Francia, invece, il rispetto della legge suprema doveva cedere di fronte alla *raison d'État*²⁶⁷. Allo stesso modo, la Costituzione non attribuiva alcun privilegio ai funzionari pubblici. Tutti gli americani potevano citarli in giudizio dinanzi ai giudici ordinari, i quali

²⁶⁶ L. ORTEGA ALVAREZ, *La responsabilidad civil de la administración pública*, in E. GARCIA DE ENTERRIA – M. CLAVERO AREVALO, *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997. p. 767.

²⁶⁷ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. I, cap. 6, p. 172.

avevano il potere di condannarli, qualora ricorresse un valido motivo²⁶⁸.

Il regime giuridico che Tocqueville studiò sembrava presentare un'evidente comunanza d'idee e di principi con quello inglese. Entrambi differivano profondamente dal regime giuridico vigente in Francia, non per l'impianto risalente all'*ancien régime*, bensì per una scelta effettuata durante la Rivoluzione. La Costituzione del 1795, all'articolo 75, aveva escluso che gli agenti del governo diversi dai ministri potessero essere perseguiti, per i fatti relativi alle loro funzioni, che in virtù d'una decisione del Consiglio di Stato.

Quella Costituzione, osservò Tocqueville, era passata, ma la regola da essa sancita era rimasta (l'articolo 75 fu soppresso solo nel 1870). Era una regola incomprensibile per gli osservatori anglosassoni, oltre che per l'esclusione della responsabilità, perché la decisione era rimessa non a un giudice, ma a un corpo amministrativo collegato con il potere esecutivo²⁶⁹. In ciò, secondo Tocqueville, era evidente che il dispotismo non era mutato nell'essenza, ma solo nell'apparenza, perché quella che si realizzava aveva solo le sembianze della giustizia.

I motivi liberali presenti in questa critica furono ripresi da Dicey²⁷⁰. Egli vide nello speciale regime giuridico stabilito per la responsabilità dei funzionari dello Stato la manifestazione d'una tendenza di fon-

²⁶⁸ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. I, cap. 6, p. 173. Per una ricostruzione storica, J.L. MESTRE, *L'histoire du droit administratif*, cit., I, p. 29.

²⁶⁹ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. I, cap. 6, p. 173.

²⁷⁰ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., capitolo XII.

do, che egli riteneva insuperabile: se venivano meno le barriere in cui il liberalismo lo rinserrava, il dispotismo si dispiegava inevitabilmente. L'undicesimo capitolo del suo trattato si chiudeva con l'affermazione che come gli atti dei loro funzionari, così gli atti dei ministri erano assoggettati al *rule of law*. Il capitolo successivo si apriva con l'enfaticizzazione del divario esistente tra questo regime giuridico e quello (ritenuto ancora) vigente in Francia e in altri Paesi «stranieri», per via della protezione accordata ai servitori dello Stato colpevoli di atti illegittimi. Dicey prese atto della tendenza del giudice amministrativo francese a riconoscere la responsabilità dello Stato per gli atti illegittimi dei propri funzionari, ma vide in ciò un'ulteriore forma di protezione per questi ultimi; rinvenne nella trattazione di Hauriou un'ulteriore riprova della contrapposizione tra la disciplina francese e quella inglese.

Tuttavia, la tesi dell'esistenza di un divario incolmabile tra i due regimi giuridici della responsabilità era viziato da un difetto di prospettiva storica. Contrariamente alla visione della responsabilità che si consolidò nella cultura inglese dell'epoca vittoriana, gli ordinamenti europei hanno in comune il punto di partenza, in un'epoca precedente²⁷¹. Esso è costituito dall'immunità del potere pubblico. L'immunità è stata giustificata facendo riferimento alla sovranità dello Stato²⁷². La possibilità di ritenere il sovrano responsa-

²⁷¹ L. EHLRICH, *Oxford Studies in Social and Legal History*, VI, *Proceedings Against the Crown* (1216-1377), Oxford, Clarendon Press, 1921, p. 92 (con richiami al diritto canonico).

²⁷² R. BONNARD, *Civil Responsibility Toward Private Persons in French Administrative Law*, in *Economica* (36), 1932, p. 148; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 267.

bile è stata ritenuta incompatibile ora con la sua posizione di supremazia speciale nella società, ora con la sua vocazione a porsi al di sopra della legge. Ancora all'inizio del Novecento, questa tesi fu ribadita dal *commissaire du gouvernement* Teissier, secondo cui «l'irresponsabilità dello Stato si impone(va) per il carattere ... sovrano degli atti che compie», per esempio relativamente all'attività di polizia amministrativa²⁷³. Ma era una tesi ormai superata dalla giurisprudenza del giudice amministrativo.

Per comprenderlo, bisogna risalire all'*arrêt Blanco*, che da molti è considerato una pietra miliare del diritto amministrativo. La decisione presa dal *Tribunal des Conflits* non negò che la responsabilità dello Stato potesse essere affermata per i danni causati dalle persone che esso impiegava al fine di rendere servizi alla collettività, bensì escluse che tale responsabilità potesse essere regolata dai principi stabiliti dal Codice civile in vista dei rapporti intercorrenti tra i privati²⁷⁴. Il giudice dei conflitti stabilì che la responsabilità dell'amministrazione, che non poteva essere generale né assoluta, era disciplinata da regole particolari, conformate dalla necessità di conciliare gli interessi dello Stato con quelli dei privati, oltre che dalle specifiche caratteristiche ed esigenze di ciascuna attività²⁷⁵. Affermò l'autonomia del diritto amministrativo, inteso come corpo di regole distinte

²⁷³ G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique* (1906), Paris, LGDJ, 2009, p. 49. Sull'irresponsabilità delle forze di polizia, J. PETIT, *La police administrative*, cit., p. 7.

²⁷⁴ *Tribunal des conflits*, 8 febbraio 1873.

²⁷⁵ *Tribunal des conflits*, 8 febbraio 1873 («*la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, ..., ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier*»).

rispetto a quelle del Codice, donde l'esclusione della giurisdizione del giudice dei rapporti tra i privati, a favore delle corti amministrative. È verosimile che, nel dire ciò, non avesse l'intenzione di alterare le fondamenta dell'ordinamento giuridico²⁷⁶, ma l'ambito del diritto speciale applicabile allo Stato si ampliò notevolmente²⁷⁷.

La soluzione escogitata dal giudice francese può essere meglio valutata in chiave comparata. Oltremontana, tra Sette e Ottocento si era affermata una concezione quasi mistica della responsabilità, compendiata nell'espressione «*the King can do no wrong*»; la dottrina giuridica, avallata dalla giurisprudenza, vedeva in ciò una esimente dalla responsabilità applicabile non solo al vertice del potere esecutivo, ma anche alle sue strutture periferiche; l'unica responsabilità che poteva essere fatta valere era quella personale, dei titolari degli uffici pubblici, che – però – era esclusa quando era in giuoco l'esercizio della discrezionalità.

Oltralpe, dieci anni dopo l'*affaire Blanco*, nella riflessione giuridica italiana riscuoteva adesioni la tesi di Giuseppe Mantellini, secondo cui la responsabilità dello Stato era da escludere. Essa era incompatibile con la natura stessa dello Stato, con la sua missione di curare gli interessi della collettività, che giustificavano il sacrificio degli interessi individuali²⁷⁸. In tal modo, come Santi Romano non mancò di osservare, si commetteva l'errore di trarre dall'inapplicabilità

²⁷⁶ D. BARANGER, *Uncovering the Foundations of Administrative Law?*, cit., p. 238.

²⁷⁷ G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, cit., p. 37.

²⁷⁸ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, Barbèra, 1883, vol. II.

delle disposizioni del Codice civile l'indebita conseguenza dell'irresponsabilità dello Stato²⁷⁹. Probabilmente non a caso, anche in Belgio i giudici ordinari affermarono l'irresponsabilità dello Stato nell'esercizio dei poteri di polizia²⁸⁰. Anche nella Spagna d'inizio secolo, la disposizione del Codice civile del 1889 che stabiliva il principio della responsabilità aquiliana fu interpretata restrittivamente perché non faceva espressamente riferimento all'amministrazione. La conseguenza fu l'irresponsabilità *de facto*²⁸¹. Già da questo primo confronto emerge che il sistema francese differiva dagli altri nell'impostazione della responsabilità pubblica, ma non si collocava tra gli ultimi nella tutela dei privati.

Un raffronto più ad ampio raggio può fondarsi sulla giurisprudenza nei due decenni a cavallo del 1900. In questo periodo, la giurisprudenza amministrativa francese si preoccupò di evitare che vi fossero lacune nella protezione dei privati; rimosse ostacoli; soprattutto, rinsaldò principi e regole che si erano dimostrati validi, facendo sì che dall'*arrêt Blanco* non discendesse una lacuna. Nell'*affaire Lepreux*, il Consiglio di Stato seguì la tesi – sostenuta da Laferrière²⁸² – dell'irresponsabilità dell'amministrazione per gli atti

²⁷⁹ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Società editrice libraria, 1912, 3° ed., p. 62.

²⁸⁰ Y. MARIQUE, *The Administration and the Judge: Pragmatism in the Belgian Case Law (1890-1910)*, § 3.1.

²⁸¹ L.M. DIEZ-PICAZO, *La générosité de la responsabilité «objective» de l'administration en droit espagnol*, in *Rev. fr. adm. publ.* (147), 2013, p. 654.

²⁸² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction*, cit., II, p. 173; per ulteriori spunti, G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, cit., p. 31.

di esercizio della *puissance publique*. Declinò la propria giurisdizione nei confronti dell'azione intentata contro lo Stato per l'esercizio dei poteri di polizia²⁸³. Si trattò, come fu icasticamente rilevato, di un vero e proprio *fin de non-recevoir*²⁸⁴.

Sei anni più tardi, mutò decisamente orientamento, nel giro di due settimane. Nell'*affaire Tommaso Greco* e nell'*affaire Auxerre*, lo fece in rapporto all'azione delle forze di polizia²⁸⁵. A un attento osservatore della giurisprudenza, quale era Hauriou, non sfuggì che il Consiglio di Stato non si era limitato a respingere la tesi dell'irresponsabilità dello Stato nell'esercizio della *puissance publique*, per via della sua connessione con la sovranità: aveva anche respinto la qualificazione delle disposizioni di settore come ordinamento speciale, ammettendo la liquidazione dell'indennità richiesta dall'interessato.

La motivazione di fondo era quella di conseguire la finalità principale della riforma della giustizia introdotta dalla Rivoluzione francese, ossia evitare il diniego di giustizia. Quella motivazione fu tuttavia declinata con argomenti e spunti nuovi, quanto alla concezione dello Stato. Esso manteneva intatta la propria discrezionalità nel determinare sia gli obiet-

²⁸³ *Conseil d'Etat*, 13 gennaio 1899, *Lepreux*.

²⁸⁴ M. HAURIOU, *La consécration de la responsabilité de l'administration dans les services de la police. Note sous Conseil d'Etat, Section, 10 février 1905, Tomaso Greco, et Conseil d'Etat, 17 février 1905, Auxerre* (1905), in *Revue générale du droit*, 2013. Sul declino della distinzione tra atti d'impero e atti di gestione, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, p. 9.

²⁸⁵ *Conseil d'Etat*, 10 febbraio 1905, *Tomaso Grecco*, 17 febbraio 1905, *Auxerre*, entrambe annotate adesivamente da M. Hauriou.

tivi da perseguire, sia i mezzi per realizzarli, ma nel farlo era astretto dalle regole di diritto. Sovranità e Stato di diritto erano i pilastri del diritto amministrativo. Il rapporto tra di essi non era privo di difficoltà, di tensioni, che il giudice amministrativo gestì con mano ferma. Esso agì, si disse, come con la discrezionalità e la prudenza che avevano caratterizzato il pretore romano²⁸⁶.

Movendo da un'impostazione assai diversa, anche Duguit approvò il perfezionamento della responsabilità pubblica. Vide in ciò la migliore garanzia della più organica sicurezza che al cittadino era promessa da uno Stato imperniato sul *service public*. Se l'esecuzione di uno specifico servizio determinava un particolare pregiudizio per qualcuno, era giusto che fosse il Tesoro a farsene carico²⁸⁷.

Nell'intero arco dei vent'anni esaminati nella ricerca, le cause intentate nei confronti dello Stato si moltiplicarono anche nel resto d'Europa. Come in Francia, così nel Regno Unito, in Germania e altrove, molte dispute ebbero origine dall'esercizio d'una tradizionale prerogativa dello Stato: l'espropriazione per pubblica utilità. Ma anche in tale ambito, le norme e le convenzioni interpretative prevalse all'interno di ciascun ordinamento nazionale influirono sul modo di concepire e far valere la responsabilità.

Nell'Inghilterra *fin de siècle*, il *leading case* è *Raleigh*²⁸⁸. I fatti attestano la peculiarità della corni-

²⁸⁶ M. HAURIUO, *Police juridique et fond du droit* (1926), tr. it. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, tr. it. a cura di A. Baratta, Milano, Giuffrè, 1967, p. 166.

²⁸⁷ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, cit., p. 255.

²⁸⁸ *Chancery Court, Raleigh v. Goschen L.R.* (1898), su cui v. C. McCORMICK, *Judicial Review in the UK*, cit., p. 73. Sulla giurisprudenza

ce giuridica: i *Lords* dell'Ammiragliato acquisirono il terreno per costruire un collegio per l'addestramento dei cadetti navali; il proprietario del terreno reagì in più modi a quello che considerava un indebito sacrificio dei suoi diritti; esperì l'azione di *trespass* per far accertare che l'autorità pubblica non aveva alcun titolo per entrare nella sua proprietà; chiese un'*injunction* per evitare che l'ingerenza pubblica proseguisse, nonché il risarcimento dei danni subiti. In questo caso, la competenza spettava alla *Chancery Court*, la quale non esitò a ribadire che la responsabilità poteva essere fatta valere nei confronti di qualunque soggetto, inclusi i componenti dell'organo collegiale, in rapporto al *trespass*. Ma escluse con fermezza che il ricorrente potesse agire nei loro confronti in quanto componenti dell'organo collegiale, ai fini sia dell'*injunction*, sia della responsabilità. Il giudice Romer fornì la motivazione del diniego con parole che sono state frequentemente citate da altre corti, in altri contesti e in altri tempi, asserendo che i funzionari del governo che agiscono all'interno della propria sfera di competenza erano irresponsabili per quanto potessero recare danno ad altri con i propri atti. La ragion d'essere del rifiuto che i giudici inglesi opponevano a quanti cercavano di esperire i rimedi previsti dall'ordinamento era da ricercare, più che nella vecchia massima «*the King can do no wrong*», nell'argomento pragmatico secondo cui ammettere la responsabilità dei funzionari *ratione officii* avrebbe influito negativamente sul perseguimento degli interessi pubblici attribuiti alla loro cura.

za precedente, H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 73; C. HARLOW, *Understanding Tort Law*, London, Fontana, 1987, p. 124.

La Costituzione belga del 1831, all'articolo 24, fissò una norma opposta a quella francese: stabilì che nessuna autorizzazione preventiva era «necessaria per esercitare inquisizioni contro i funzionari pubblici, trattandosi di fatti della loro amministrazione». I giudici si attennero a questo principio, ma modulandone l'applicazione, non di rado in modo restrittivo²⁸⁹. Anche in Italia, dove le azioni volte ad accertare la responsabilità pubblica furono sottoposte alla cognizione dei giudici ordinari, la Corte di Cassazione riconobbe la responsabilità della pubblica amministrazione verso i terzi soltanto per i cosiddetti atti di gestione, contrapposti agli atti d'imperio. L'assunto era che solo nell'adozione degli atti di gestione l'amministrazione agiva su un piede di parità con i soggetti privati²⁹⁰. Di fronte agli atti d'imperio, cui erano assimilati i comportamenti materiali lesivi, non vi erano diritti soggettivi, purché l'amministrazione avesse agito nel rispetto delle forme previste, ed erano preclusi i rimedi risarcitori esperibili dinanzi al giudice ordinario²⁹¹.

In Austria, i giudici applicarono le regole generali, sancite dalla legge del 1867 che obbligava lo Stato a risarcire i danni causati da decisioni illegittime (*Amtsshaftung*). Lo fece il *Reichsgericht* austriaco, in una sentenza assai significativa. Un aristocratico aveva contestato la nuova disciplina fiscale in virtù della quale i feudi non potevano più beneficiare dell'esenzione

²⁸⁹ R. BONNARD, *Civil Responsibility Toward Private Persons in French Administrative Law*, cit., p. 159.

²⁹⁰ Corte di cassazione, Napoli, 23 agosto 1904, *Marra c. Manfredi*, in *Foro it.*, 1905, I, c. 15; Corte di cassazione, Roma, sez. un., 26 marzo 1909, in *Giur. it.*, c. 753.

²⁹¹ R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 17.

dalla decima, chiedendo al giudice ordinario il risarcimento. L'autorità amministrativa sollevò quello che (nella terminologia italiana) si direbbe un conflitto di giurisdizione, affermando che l'azione andava proposta con un ricorso amministrativo. Il *Reichsgericht* affermò invece la giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che l'investitura feudale avesse natura contrattuale e che si applicasse quindi il codice civile. Configurò il potere esercitato dall'amministrazione come un potere sostanzialmente espropriativo, ammettendo così la richiesta di tipo risarcitorio²⁹².

Anche il legislatore tedesco respinse l'idea di un ordinamento speciale della responsabilità. Il Codice civile del 1900 stabilì espressamente che l'amministrazione pubblica doveva rispondere dei danni cagionati ad altri. In ciò, seguì l'orientamento dei giudici, anziché innovare. Pure, l'intervento del legislatore innalzò il livello di protezione o almeno i contemporanei ebbero l'impressione che questo fosse lo scopo perseguito, coerentemente con l'idea d'uno Stato sottoposto al diritto. A quell'idea si ispirò la Costituzione di Weimar, affermando la responsabilità primaria dello Stato per i danni commessi dagli impiegati «nell'esercizio di un potere pubblico» e vietando qualsiasi forma di esclusione dell'azione innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria²⁹³.

4.9. *La svolta di fine secolo*

L'analisi precedente è indicativa del cambiamen-

²⁹² La sentenza del *Reichsgericht* è del 1877.

²⁹³ L'articolo 131 della Costituzione di Weimar prevedeva il regresso contro l'impiegato.

to radicale²⁹⁴, ancorché distribuito nel tempo e con articolazioni diverse in relazione allo stadio di sviluppo di ciascun ordinamento nazionale, dei diritti amministrativi europei. Il contributo dei giuristi all'analisi dello statuto giuridico dell'amministrazione fu ostacolato dal ritardo con cui si prese atto che vi era più Stato nell'economia e nella società di quanto fosse mai accaduto. La questione di fondo, il dilemma, era come si potesse dare ordine all'azione dell'amministrazione ed evitarne l'arbitrio. Non era una scelta scontata, giacché la storia e la comparazione dimostrano che l'amministrazione può non essere assoggettata al diritto²⁹⁵, può godere di privilegi e immunità. La realtà è che quella scelta fu presa, sia pure con importanti varianti, a seconda del contesto.

Che le peculiarità nazionali contino, è evidente nel caso inglese. Vari fattori interagirono nel creare un contesto avverso: la diffidenza per lo Stato, correlata all'ideologia del *self-help* ostile all'interventismo richiesto da Jeremy Bentham e da altri riformatori sociali; la scelta di fondo per l'*indirect rule* nel governo dell'impero più vasto della storia; la riluttanza delle corti a intervenire in molti tipi di dispute tra i cittadini e l'amministrazione; la sottostante preferenza per il controllo politico, attraverso le istituzioni rappresentative²⁹⁶. Ciononostante, nella prima parte

²⁹⁴ A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 14, per una critica della tendenza della storia giuridica ad accentuare l'evoluzione, invece della discontinuità.

²⁹⁵ J. RIVERO, *Précis de droit administratif* (1960), Paris, Dalloz, 2006, p. 12.

²⁹⁶ I riferimenti essenziali sono D.B. MITCHELL, *The causes and effects of the absence of a system of public law in the United Kingdom*, in *Public Law* (14), 1965, p. 95; J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitu-*

dell'epoca vittoriana l'intervento dell'amministrazione si ampliò e assunse una più intensa connotazione discrezionale. Sempre più spesso i ministri assunsero decisioni di tipo contenzioso. In assenza d'una cornice legislativa adeguata alle mutate esigenze, le corti definirono canoni di condotta per le amministrazioni, diversi nel grado, se non nella natura, rispetto a quelli riguardanti i privati. Alcuni di quei canoni svilupparono le tradizionali garanzie procedurali della *natural justice*, altri presero una piega diversa. Malgrado il contesto inizialmente assai sfavorevole e il ritardo, il diritto amministrativo si sviluppò²⁹⁷.

Il raffronto tra gli ordinamenti dell'Europa continentale conferma l'importanza del contesto nazionale e al tempo stesso l'entità del cambiamento e la direzione comune che esso ebbe. Nell'insieme, pur nella diversità degli assetti istituzionali e dei riferimenti culturali, le istituzioni rappresentative ebbero una minore presa sull'amministrazione. Lo strumento per imbrigliare il potere esecutivo fu il diritto amministrativo²⁹⁸. Gli artefici principali furono i giudici e i professori, non i legislatori, diversamente dal diritto privato. I giudici incaricati di risolvere le

tion, in *Modern L. Rev.* (42), 1979, p. 1; C. HARLOW, *Una rassicurazione simbolica: il ruolo del controllo giurisdizionale in una democrazia liberale*, in M.P. CHITI (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, cit., p. 210.

²⁹⁷ M. SHAPIRO, *Predicting the Future of Administrative Law*, in *Regulation* (6), 1982, p. 18; L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 15.

²⁹⁸ E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., pp. 5-9, secondo cui la giustizia amministrativa attuò il principio della responsabilità enunciato dall'articolo 15 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

controversie di diritto pubblico s'impegnarono nella ricerca di soluzioni non contingenti. Le ricercarono instaurando nessi tra le regole che disciplinavano i vari ambiti dell'azione amministrativa, sforzandosi di far valere alcune norme dotate di una logica organica, configurate come principi generali del diritto, in parte coincidenti con quelli del diritto privato, in parte diversi. La cultura giuridica assecondò gli sforzi compiuti dai giudici per assicurare che l'amministrazione non si discostasse dai fini determinati dalla legge, non agisse in modo arbitrario. Nell'assecondarli, cercò di ordinarli in modo sistematico, orientando i canoni di condotta più sul versante procedurale che su quello sostanziale.

Nella Francia della *belle époque*, alla cultura giuridica non fece difetto il raccordo con la visione di un'economia che restava di mercato anche se lo Stato e gli altri enti pubblici assumevano il compito di erogare servizi pubblici²⁹⁹. Anche i più convinti sostenitori del *service public*, come Duguit, sentivano di doversi coprire dalla critica – ideologica nel senso che esprimeva il complesso delle idee e delle mentalità proprie di quel periodo storico – che anche lo Stato, nel suo agire, doveva essere astretto e controllato dal diritto, non poteva essere *legibus solutus*³⁰⁰. Analogamente

²⁹⁹ M. HAURIU, *Principes de droit public* (1900), Paris, Dalloz, 2010, p. 298 (per la tesi che la legislazione non deve attentare alla proprietà privata e alla libertà economica); S. ROMANO, *La libertà di commercio nei mercati municipali* (1925), ora in *Scritti minori*, cit., II, p. 275; E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 15; E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, cit., p. 113.

³⁰⁰ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 200. Sull'ispirazione liberale del diritto amministrativo francese, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., p. 25.

mente, sull'altro lato della Manica, si era consolidata l'idea che nessuna decisione potesse essere in contrasto con «l'essenza della giustizia»³⁰¹. In una Germania ancora dominata dal particolarismo giuridico, in cui le interpretazioni dei tribunali complicavano ulteriormente il quadro, la dottrina mostrò di avere la competenza e forse anche l'interesse, in vista della costruzione di un ordinamento più coeso, a fare ordine e chiarezza. Elaborò una serie di teorie generali, per le quali fece tesoro dell'apporto della scuola storica. Contribuì così alla formazione di un nuovo diritto pubblico, con principi e istituti rigorosamente coordinati. A quel modo di concepire il diritto pubblico si ispirò anche la dottrina italiana, sulla scia di Orlando. Il diritto amministrativo fu quindi, essenzialmente un diritto elaborato da giudici e professori³⁰².

Finora si sono considerate le determinanti del cambiamento. Il punto cruciale, tuttavia, è nel cambiamento in sé. Esso assume una precisa importanza allo scopo di rispondere al quesito iniziale, ossia per comprendere non tanto «se» vi fosse un nucleo

³⁰¹ Court of Appeal, *Spackman v. Plumstead District Board of Works* (1885), richiamata da H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 227.

³⁰² Nel senso del testo, E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 17; D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1972. Sul ruolo dei giudici in altre epoche, R. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987. Sulla trasformazione d'insieme intervenuta nel corso dell'Ottocento, per via dell'affermarsi d'una nuova forma di razionalità e sulla connessa esigenza che il potere pubblico si autolimitasse, M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique* (1978-79), Paris, Gallimard, 2005, p. 17. Sul ruolo attuale dei giudici, A. STONE SWEET, *Governing With Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

comune dei diritti amministrativi, quanto «come» esso venne evolvendosi e si atteggiò e a quali valori si ispirò. I diversi contesti nazionali hanno impresso accelerazioni e imposto rallentamenti su diversi fronti.

Almeno due importanti differenze assumono rilievo ai fini che qui interessano. La prima, già rilevata, riguarda il rilievo attribuito nell'Europa continentale all'atto amministrativo, per il quale non vi è un concetto analogo nei Paesi di ceppo inglese. In questi ultimi, inoltre, i diritti individuali sono al centro del procedimento, che negli ordinamenti continentali è invece stato concepito come il modo di svolgimento dell'attività amministrativa, in cui l'interesse pubblico è gradualmente incluso in quella che solo più tardi verrà definita una ponderazione con gli interessi individuali, anche perché la tutela di tali interessi era affidata alla giurisdizione contenziosa.

Queste diversità non hanno peraltro impedito ai diritti amministrativi di inscrivere in una tendenza comune, nel lungo periodo. In un'epoca di intensi e rapidi mutamenti, l'apporto del diritto amministrativo al controllo del potere pubblico è stato fondamentale. È consistito nel corrispondere alle richieste di protezione dei diritti tradizionali e al tempo stesso di dare riconoscimento alle nuove istanze che affioravano nella società. In assenza d'una formale definizione delle modalità di adempimento delle funzioni amministrative e di esercizio delle potestà, a ciò hanno provveduto i giudici, con il concorso della dottrina. Il loro apporto non è consistito soltanto nell'elaborare e applicare interpretazioni acconce delle disposizioni legislative vigenti. È consistito nel definire i principi generali del diritto amministrativo. Alla luce di quei principi, l'amministrazione è stata indotta a rispetta-

re le sequenze procedurali prestabilite; l'invocazione dell'urgenza è stata assoggettata a riscontri, onde evitare gli abusi, tutt'altro che infrequenti³⁰³; il vertice del potere esecutivo ha subito una limitazione del potere di emanare atti politici, interamente sottratti al sindacato giurisdizionale, incorrendo così in un diniego di giustizia³⁰⁴; all'immunità dello Stato è subentrata la sua responsabilità verso i privati. Questo risultato, straordinario agli occhi dei contemporanei, come Otto Mayer, può spiegarsi solo considerando che il diritto amministrativo colmò una lacuna divenuta inaccettabile per la società, nel senso che pose rimedio all'assenza del diritto nei rapporti tra lo Stato e i suoi sudditi³⁰⁵.

È noto, ed è stato confermato dalle risultanze dell'indagine, che non tutte le lacune sono state colmate nei due decenni tra Otto e Novecento: non di rado è risultato difficile promuovere nei ministri e nei funzionari pubblici comportamenti rispettosi dei diritti, sono rimaste non poche sacche d'irresponsabilità. Le stesse difficoltà incontrate nel fare rispettare taluni canoni di condotta attestano la complessità della sfida, in presenza della duplice esigenza di governare il cambiamento e di evitare che, in una fase di crescenti tensioni sociali, la transizione verso un più ordinato e controllato esercizio del potere avvenisse nell'instabilità.

Pure, vi è stata una svolta ed essa è stata realizzata all'insegna d'una discontinuità nei principi e nei

³⁰³ Y. MARIQUE, *The Administration and the Judge: Pragmatism in the Belgian Case Law*, cit., § 3.2.

³⁰⁴ Su questa nozione, L. FAVOREAU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964.

³⁰⁵ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. 65.

valori a essi sottesi. Il maggior esperto della storia del diritto pubblico tedesco, Michael Stolleis, ha sottolineato che l'importanza di quella svolta può cogliersi anche dall'angolo visuale della discontinuità intervenuta nel corso degli anni Trenta del Novecento, con l'avvento dei regimi autoritari o totalitari³⁰⁶.

4.10. *Un sostrato comune: lo Stato di diritto*

È forse possibile configurare un legame tra diritto (amministrativo) e giustizia nel solco di teorie precedenti all'instaurazione dei regimi parlamentari: le teorie del diritto naturale, che a volte affioravano nelle decisioni giudiziarie; l'equità, cui non esitarono a fare riferimento politici e studiosi di vari Paesi europei³⁰⁷; l'ideale della buona amministrazione, soprattutto nell'ambiente culturale austriaco e tedesco, più direttamente influenzato dalle scienze camerali.

Non è questa, però, la ricostruzione che troverà spazio nelle pagine seguenti. Possono prospettarsi – con riserva di ulteriori verifiche – due ipotesi, non poste in alternativa. La prima, tanto banale quanto doverosa, riprende e sviluppa l'indicazione fornita da Hauriou e Mayer³⁰⁸ e ripresa da Rivero, Garcia de

³⁰⁶ M. STOLLEIS, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in *Ratio Juris* (16), 2003, p. 266.

³⁰⁷ S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 53; A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1885, I, p. 12.

³⁰⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, cit., p. 26 («il faut que l'action de l'Etat soit soumise à l'empire du droit»); *Principes de droit public*, cit., p. 85; O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. XIII; J. RIVERO, *Le droit administratif en droit comparé: rapport final*, cit., p.

Enterria e Nigro in seguito³⁰⁹, circa la fecondità dell'idea di Stato di diritto in tutta la riflessione giuridica attorno al diritto pubblico, nei decenni tra Otto e Novecento. La seconda ipotesi si spinge oltre l'ambito propriamente giuridico, lambendo quello filosofico.

Ci si può domandare se, al di là dei tratti distintivi indotti dalla tradizione d'ogni Paese, gli istituti giuridici volti alla tutela dei cittadini ubbidissero alla spinta di un principio di fondo. Quel principio fu diversamente declinato nelle due componenti della tradizione giuridica occidentale, ossia come Stato di diritto o *Rechtsstaat* e come *Rule of Law*³¹⁰, secondo la linea di pensiero che non si limita a distinguere i due concetti, li contrappone. Essa sottolinea che il concetto di *Rechtsstaat* implica una mera autolimitazione da parte dell'autorità titolare del potere, mentre la *Rule of Law* annette al diritto una valenza costitutiva oltre che limitativa del potere.

È una contrapposizione troppo rigida, manichea. Non consente di cogliere le varianti all'interno di un

920; J.H. MERRYMAN – R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 97.

³⁰⁹ J. RIVERO, *Préface*, in A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration (étude sur le recours pour excès de pouvoir)*, cit., p. III; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le contrôle de l'administration: techniques, étendue, effectivité des contrôles. Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX siècle: Analyse historique et comparative*, in *Rev. adm.* (53), 2000, p. 126.

³¹⁰ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 63, per la tesi della «uniformità delle costituzioni degli stati di diritto» di fine Ottocento. Già Gerber si era espresso in tal senso: *Ueber öffentliche Rechte* (1852), tr. it. a cura di P.L. Lucchini, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 23 («le recenti costituzioni della Germania hanno la loro origine in Francia; questa a sua volta le ha tratte dall'Inghilterra»).

concetto, che nel nostro caso vanno tenute nel debito conto. Nella riflessione dei giuristi sulla *Rule of Law*, la valenza limitativa del diritto rispetto al potere è stata intesa a volte in senso formale e procedurale, altre volte in senso sostanziale³¹¹. Anche nella letteratura sul *Rechtsstaat* convivono opinioni diverse: alcune ne sottolineano la connessione con le dottrine della supremazia regia³¹², altre l'ambizione di far sì che anche lo Stato sia assoggettato al diritto. Ne trae spunto la ricostruzione secondo cui nell'uno e nell'altro filone della tradizione giuridica occidentale, vi è un comune sentire attorno all'amministrazione, cioè che essa debba non solo rispettare la legge, ma debba agire secondo il diritto³¹³. In breve, l'espansione dell'area di azione del potere pubblico ha sollecitato l'introduzione di correttivi, simili perché fondati su concezioni della giustizia assai vicine, sicché non è detto che in altre regioni del mondo l'equilibrio tra le forze in gioco agisca nella medesima direzione.

È alla luce di queste precisazioni che si può prospettare la prima chiave di lettura, incentrata sullo Stato di diritto. Negli scritti degli accademici, nei discorsi ufficiali dei politici dell'epoca, non mancò la consapevolezza dell'importanza dei diritti riconosciuti e garantiti dalle costituzioni e dalle leggi. Fu-

³¹¹ P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, in *Public Law* (41), 1997, p. 467; R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO – V. VILLA, *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 47.

³¹² O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. 54. Per una critica della «mistica» dell'*Herrschaft*, F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. I. Rules and Order* (1973), tr. it. a cura di P.G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1994, p. 178.

³¹³ R. DAVID, *Le droit anglais*, cit., p. 98.

rono apprestate apposite tutele affinché quei diritti fossero effettivamente protetti. Malgrado l'enfasi che nella cultura giuridica era posta sui diritti soggettivi, quelle tutele erano concepite nell'ottica d'una legalità oggettiva, in un duplice senso. Da una parte, la legge stabiliva i poteri della pubblica amministrazione, nel senso che questi non potevano esistere al di fuori della legge³¹⁴. La legge doveva inoltre essere applicata a tutti con giustizia. Era, infatti, solo dal rispetto del diritto e della giustizia che la libertà individuale era difesa nell'amministrazione. Dall'altra parte, per completare le garanzie, doveva esservi un giudice pronto a decidere sulla controversia che nasce quando un cittadino vanta un interesse a opporsi all'azione della pubblica amministrazione³¹⁵.

È in questo senso che può dirsi che la formazione degli istituti di giustizia amministrativa dopo il 1889 «era nella logica dello Stato liberale» dell'Europa continentale, cioè d'uno Stato che mirava a contemperare i diritti individuali con gli interessi della collettività e, proprio per questo motivo, era e appariva come uno Stato preoccupato di bilanciare i vari interessi in gioco³¹⁶. La logica del bilanciamento, della limitazione era indotta dall'emersione nella società

³¹⁴ J.H. MERRYMAN – R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, cit., p. 89.

³¹⁵ La tesi di Hauriou che il concetto di potere pubblico sia al centro del diritto amministrativo ha avuto riscontri nella cultura tedesca: O. BACHOF, *German Administrative Law with Special Reference to the Latest Developments in the System of Legal Protection*, cit., p. 380.

³¹⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 93. Per la notazione che il diritto serviva a garantire la libertà, A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 220.

d'una differenziazione degli interessi individuali che reclamavano un più favorevole rapporto tra autorità e libertà. Andavano in questa direzione le interpretazioni secondo cui, seppure alcuni istituti della giustizia amministrativa risentivano evidentemente dell'influenza del passato, essi erano permeati da uno «spirito» innovativo, collegato con l'avvento dei governi liberi³¹⁷. Nell'impostazione di Hauriou, questa linea di ragionamento veniva spinta più oltre, fino ad affermare la discontinuità rispetto alla tradizione che affondava le sue radici nel diritto romano, proprio per l'assoggettamento dello Stato al diritto e alla giustizia³¹⁸.

L'altra ipotesi ricostruttiva approfondisce e sviluppa questa intuizione, collocandola su un piano più alto. Suggerisce che i costanti richiami alle istanze dello Stato di diritto, non soltanto per i maestri del diritto pubblico attivi tra Otto e Novecento ma anche per i giudici incaricati di dirimere le dispute tra lo Stato e i suoi sudditi, non esprimessero semplicemente l'adesione a un insieme di tecniche più perfeziona-

³¹⁷ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 95; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 175. Concordano sulla diversità del regime giuridico dell'autorità, pur esprimendo scetticismo sulla retorica dello Stato di diritto L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 316. Si è spinto più oltre M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (III), in *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 240, ritenendo «illiberale il meccanismo di giustizia amministrativa», seguito da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 17. Sottolineano, invece, i vantaggi comparativi offerti dal sindacato del giudice M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit.; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., p. 56.

³¹⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., p. 333.

te di controllo sull'esercizio del potere, ma facessero riferimento a istanze di ordine etico.

A sostegno di questa ipotesi militano vari indizi. Vi è il riferimento all'esigenza d'una migliore protezione contro l'arbitrio³¹⁹. Vi è la riscoperta del valore della giustizia, evidente nelle pronunce di tutti i giudici chiamati a risolvere le controversie in cui era contestata l'emanazione di un provvedimento amministrativo sfavorevole all'interessato senza una previa audizione: dalle misure disciplinari verso i funzionari pubblici alla comminazione delle sanzioni.

Così inteso, il concetto di Stato di diritto è molto vicino alla visione della giustizia elaborata da Adam Smith, illuminista scozzese e professore di *jurisprudence* e *belles lettres*, secondo cui «*the end of justice is to secure from injury*»³²⁰. È una visione della giustizia collegata con una precisa concezione del diritto, visto come scienza morale³²¹. Lo Stato di diritto assume importanza nel quadro d'una concezione del diritto come scienza morale, perché è volto a evitare l'arbitrio da parte dei detentori del potere. Vi sono certamente differenze di stile e di tono tra i sostenitori dello Stato di diritto. Ma vi è una distanza ben maggiore tra quegli apporti e quelli del periodo anteriore. Nella letteratura di fine Ottocento emerge la

³¹⁹ Sull'importanza di evitare l'arbitrio, B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* (1821), Genève, Droz, 1980, livre 5.

³²⁰ A. SMITH, *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms* (1763), Part I («*as a member of a state, ... a subject [may be injured] by oppression*»).

³²¹ Per la tesi, attribuita da Jean-Marie Aubry a Maurice Hauriou, che soprattutto il controllo sul *détournement de pouvoir* comportasse un controllo sulla «moralità amministrativa», J.M. AUBRY, *Détournement de pouvoir in French Administrative Law*, in *Am. J. Comp. L.* (18), 1970, p. 552.

consapevolezza dell'esistenza d'una comunanza di idee attorno al diritto pubblico³²².

Questa ipotesi ricostruttiva può forse essere meglio spiegata facendo riferimento a un altro concetto, quello di «spirito europeo», messo a punto da Benedetto Croce. Nel corso del tempo, Croce si pronunciò in vario modo sull'identità europea. Affermò l'esistenza d'una «delicata e non bene afferrabile, ma potentemente efficace affinità della forma interna dello spirito, come pure del modo di concepire, in certe altezze, rapporti di pensiero e di sentimento, la quale affinità, come la cupola dell'etere, si eleva unitaria sopra le loro differenze nazionali, costituendo così una sfera», che può dirsi comune³²³. Quella «sfera comune» non è meno importante oggi di quanto lo fosse ieri, anche in rapporto ad altre culture, ad altre esperienze giuridiche.

³²² Per la tesi dell'esistenza della «*communauté d'esprit de la famille des nations européennes*», della «*histoire commune de leurs idées sur le droit public*», O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., pp. 66-67. Circo-scrivono «l'insularità dell'esperienza inglese» L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 15.

³²³ B. CROCE, *Scritti politici* (1946), Napoli, Bibliopolis, 1993, I, p. 155. In sede storiografica, per la tesi che le radici comuni dell'Europa affondino nel Medioevo, J. LE GOFF, *L'Europe est-elle née au Moyen Âge?*, Paris, Seuil, 2003; per la tesi che tali radici si siano consolidate tra Sette e Ottocento, F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, cit., p. 120. Negli studi di storia del diritto, A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 593. La migliore descrizione dell'Europa prima del 1915, in cui si viaggiava «senza passaporti e senza permessi», è quella di S. ZWEIG, *Die Welt von Gestern. Erinnerungen eines Europäers* (1942), tr. it. a cura di L. Mazzucchetti, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, Milano, Mondadori, 2016, p. 82.



CAPITOLO 5
LA COMPARAZIONE SINCRONICA:
LA RESPONSABILITÀ
DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Alla prima esplorazione dei nessi più significativi tra i diritti amministrativi europei tra Otto e Novecento deve seguire – come previsto – un’analisi dei tratti comuni e distintivi nella fase attuale. A questo riguardo, riscuote adesioni l’ipotesi che, per comprendere la fisiologia dell’amministrazione, intesa come attività o funzione, non si possa prescindere dal considerarne la patologia, ossia le disfunzioni e le vere e proprie anormalità. Delle due linee di ricerca prospettate in precedenza, è stata già sviluppata quella riguardante la responsabilità delle pubbliche amministrazioni, di cui si espongono qui i principali risultati, mentre è in corso di svolgimento quella sul controllo giurisdizionale relativo ai vizi di forma e di procedura.

5.1. Un worst case scenario?

La responsabilità, si è visto, era per Dicey e per molti altri il versante su cui più si manifestava il divario tra gli ordinamenti anglosassoni e gli ordinamenti dell’Europa continentale. Lo era non solo per come gli istituti giuridici erano configurati dalla normazione positiva, ma anche per come essi erano stati plasmati dalla giurisprudenza, con l’ausilio della

dottrina. Spingendo la contrapposizione tra i diversi modelli di giustizia amministrativa fino alle estreme conseguenze, riscosse adesioni la tesi che essi rispecchiassero due opposte filosofie. In Francia, con l'*arrêt Blanco*, fu scartata la soluzione di sottoporre lo Stato alle norme del Codice civile, che pure era un atto legislativo statale. In Inghilterra, non vi era nulla di paragonabile all'idea che lo Stato fosse o meno responsabile per le azioni e le omissioni dei propri funzionari, semplicemente perché non vi era un concetto unitario dello Stato. Non ne costituiva un succedaneo l'espressione utilizzata nella giurisprudenza, cioè la Corona³²⁴.

Alla base delle due opposte visioni della responsabilità, vi era un diverso modo d'intendere il ruolo dell'amministrazione nella società³²⁵, un diverso modo di prendere posizione sul delicato fronte dell'eguaglianza. In Francia, prevalse l'idea che l'eguaglianza dei cittadini era assicurata dalla possibilità di ottenere il risarcimento dei danni, a spese della collettività. In Inghilterra, si ritenne che garantire l'eguaglianza fosse compito dei giudici ordinari, in base all'*ordinary law of the land*. Dei limiti di questa soluzione non pochi giuristi inglesi hanno mostrato consapevolezza. Essi hanno segnalato che la negazione delle peculiarità che connotano l'attività amministrativa, all'insegna d'una responsabilità in teoria comune a tutti, in fatto ha permesso la persistenza di privilegi

³²⁴ F.W. MAITLAND, *The Crown as Corporation*, in *Law Q. Rev.* (18), 1901, p. 131; H. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, in *Harv. L. Rev.* (32), 1919, p. 449.

³²⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015, 3° ed., p. 287.

e immunità a vantaggio dello Stato³²⁶. Ciò non è bastato a superare le riserve nutrite nei confronti della soluzione francese. L'interesse analitico maggiore è stato probabilmente rivolto alle difficoltà insite nella distinzione tracciata dalla giurisprudenza amministrativa francese tra l'atto affetto da illegittimità per eccesso di potere (*faute de service*) e la condotta viziata da grave negligenza o dolo (*faute personnelle*).

Da questa oggettiva diversità si potrebbe trarre la conclusione che la responsabilità delle pubbliche amministrazioni sia contraddistinta da un'interminabile lista di varianti³²⁷; che sia il tema che si presta di meno all'individuazione di un nucleo comune dei diritti amministrativi; che rappresenti quindi, per dir così, una sorta di *worst case scenario*, cioè quello che più di altri è suscettibile di falsificare la congettura prospettata³²⁸. Per di più, la responsabilità non rientra tra gli istituti su cui incidono maggiormente e direttamente i trattati e i regolamenti dell'UE. Ma nessuno di questi dubbi regge a una più accurata disamina.

Il primo dubbio può essere fugato in punto di metodo e nel merito. La scelta del tema su cui impennare la comparazione non dev'essere orientata alla ricerca del terreno più agevole. Anzi, si può argomentare che è proprio movendo dal terreno forse meno agevole che si può meglio misurare il grado

³²⁶ C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 751; P. BIRKINSHAW, *Grievances, Remedies and the State*, London, Sweet & Maxwell, 1985.

³²⁷ P. GONOD, *Les tendances contemporaines de la responsabilité administrative en France et à l'étranger: quelle convergences?*, in *Rev. fr. adm. publ.* (147), 2013, p. 720 («*la disparité ... domine*»).

³²⁸ M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, cit., p. vii.

di robustezza di un'ipotesi di lavoro come quella posta alla base della nuova ricerca comparata. Inoltre, dall'inizio del Novecento, il ruolo delle pubbliche amministrazioni è mutato ovunque, perché «l'amministrazione affronta nel modo più diretto possibile la realtà sociale e non può eludere le sue esigenze»³²⁹. È interessante, perciò, accertare se i termini in cui il problema della responsabilità si presentava allora siano cambiati, se siano cambiate anche le soluzioni, se le distanze tra i principali modelli nazionali si siano ridotte, in quale misura le diversità stiano negli istituti giuridici o nei concetti (atto amministrativo, colpa) di cui i giuristi si servono.

Nel merito, la responsabilità pubblica ben si presta alla comparazione per la semplice ragione che nessun ordinamento può fare a meno di prendere posizione al riguardo³³⁰. Essa può essere affermata a guisa di principio generale, da una disposizione formalmente costituzionale o da una legge avente uno speciale rango (per esempio, una legge organica), oppure essere regolata unicamente da svariate norme settoriali. Può essere imputata all'ufficio pubblico cui il funzionario è preposto (come accade in Spagna) o soltanto a quest'ultimo (com'era abituale

³²⁹ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 37; in senso conforme J. BELL, *La responsabilità del governo: alcune riflessioni comparate*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 27.

³³⁰ In senso conforme, P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 882; P. GONOD, *Les tendances contemporaines de la responsabilité administrative en France et à l'étranger: quelle convergences?*, cit., p. 721; R. BONNARD, *Civil Responsibility Toward Private Persons in French Administrative Law*, cit., p. 141; T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève, Schulthess, 2018, 2° ed., p. 543.

in Inghilterra) oppure a entrambi (come è previsto in Italia), in vario grado: limitare l'entità del risarcimento che può essere addossato al funzionario pubblico può essere giustificato dall'esigenza di evitare che esso, per eccesso di cautela, si esima dall'agire, prevederlo in qualche misura può fungere da remora nei confronti di comportamenti non oculati. Pur se il sorgere della responsabilità pubblica è solitamente subordinato alla dimostrazione dell'esistenza d'una colpa, in alcuni casi è ammessa una responsabilità di tipo oggettivo, per esempio nell'ordinamento spagnolo e in quello dell'UE³³¹. Pur se la responsabilità è normalmente connessa con l'accertamento dell'illegittimità, quell'accertamento può essere attribuito a vari giudici (ordinari, amministrativi, speciali) e con varie forme di collegamento con il giudizio riguardante la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

Non va sottovalutata, inoltre, la dimensione europea della responsabilità pubblica. Almeno tre dati confortano questa generalissima valutazione. Il primo concerne le raccomandazioni emanate dal Consiglio d'Europa. Fin dal 1984 è stata adottata una raccomandazione riguardante la responsabilità pubblica. Essa riprende e sviluppa i criteri generali sanciti dalle precedenti raccomandazioni concernenti l'attività amministrativa. Richiede agli Stati membri di attenersi a una serie di principi. Nel novero di quei principi, vi sono l'obbligo di risarcire i danni in caso di azioni od omissioni contrarie al diritto, il divieto

³³¹ M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI - G. GRECO, cit., I, p. 589.

di subordinare tale azione al previo ricorso contro il funzionario responsabile e quello di discriminazioni basate sulla nazionalità, la necessità che il risarcimento sia pieno³³².

Il secondo dato concerne l'Unione europea. L'articolo 340 TFUE stabilisce che essa deve risarcire i danni causati dalle sue istituzioni e dai suoi agenti in base ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. Dà per assodato, quindi, che in quei diritti l'amministrazione pubblica debba rispondere per i danni cagionati a terzi. Attribuisce alla Corte il compito d'individuare i principi comuni ed essa ha assolto tale compito, definendo un *corpus iuris communis* riguardante la responsabilità. Esso può considerarsi speciale, in ragione della particolare natura delle funzioni e delle potestà esercitate dall'amministrazione europea, che normalmente agisce mediante provvedimenti o contratti, di rado esplica attività di tipo materiale.

Il terzo dato agisce nella direzione opposta, nel senso che dall'appartenenza alle organizzazioni sovranazionali sono derivate precise conseguenze sul piano della responsabilità. Per esempio, nel Regno Unito è stato previsto uno specifico *tort of breach of statutory duty*; si è agito in modo simile in occasione dell'emanazione dell'*Human Rights Act*³³³. Un impul-

³³² Comitato dei ministri, Raccomandazione del 18 settembre 1984, n. R (84) 15.

³³³ J. BELL, *La responsabilité de l'administration en droit anglais: caractéristiques générales, torts et compensation*, in *Rev. fr. adm. publ.* (147), 2013, p. 700. Sulle ripercussioni riguardanti vari ordinamenti nazionali, R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit.; H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris, L'Harmattan, 2001.

so analogo è provenuto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di responsabilità³³⁴. È alla luce di questo «diritto comune» che va valutata l'innovativa giurisprudenza inaugurata dalla sentenza della Corte di giustizia nell'*affaire Francovich*³³⁵. Pochissime decisioni giudiziarie hanno attirato altrettanto interesse, quasi in ogni ambito della riflessione giuridica³³⁶, inclusa la comparazione con gli ordinamenti extra-europei³³⁷. Ci si può domandare se quella sentenza, nel segnare una discontinuità rispetto all'epoca della contrapposizione tra i due modi d'intendere la responsabilità pubblica, sia stata quanto meno favorita dall'attenuarsi di quella contrapposizione.

Dunque, se in un certo momento storico il tema della responsabilità pubblica è apparso ideale ai fini della contrapposizione tra le due culture esistenti all'interno della tradizione giuridica occidentale, ciò non è d'ostacolo a una comparazione che cerchi d'individuare le forze di segno opposto che si sono

³³⁴ A. FENYES – E. KARNER – H. KOZIOL (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlin, De Gruyter, 2012.

³³⁵ Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich c. Bonifaci*. All'esistenza di un diritto comune ha fatto riferimento W. VAN GERVEN, *The Emergence of a Common European Law in the Area of Tort Law: the EU Contribution*, cit., p. 127.

³³⁶ Le implicazioni della sentenza sono state approfondite da R. CARANTA, *Governmental Liability After Francovich*, in *Cambridge L. J.* (52), 1993, p. 272; C. HARLOW, *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, in *Eur. L. J.* (2), 1996, p. 199.

³³⁷ J.E. PFANDER, *Member State Liability and Constitutional Change in the United States and Europe*, in *Am. J. Comp. L.* (51), 2003, p. 274.

successivamente manifestate e di comprendere quali sembrano in prospettiva prevalenti. Un rapido sguardo alle ricerche comparate conferma l'appropriatezza di questa scelta. Esse mostrano che la contrapposizione tra i due modi di concepire la responsabilità pubblica e di farla valere concretamente ha rappresentato uno dei punti di massima tensione nel confronto tra gli ordinamenti giuridici nazionali, non solo nell'Europa geografica, ma anche nella ben più vasta area su cui le culture giuridiche europee hanno esercitato la propria influenza. Al tempo stesso, attestano l'emergere di sviluppi paralleli e talvolta comuni. È, dunque, proprio la compresenza di forze di segno opposto a suggerire che il tema della responsabilità pubblica alimenti tuttora, continuerà ad alimentare, il dibattito tra gli studiosi³³⁸.

5.2. *L'ambito dell'indagine*

Esposte le ragioni che giustificano la scelta della responsabilità pubblica, bisogna interrogarsi sulle difficoltà che l'analisi comparata ha incontrato e incontra e sui modi per superarle. Vi è la difficoltà connessa con l'intreccio, che in ogni ordinamento si

³³⁸ H. STREET, *Government Liability: A Comparative Study*, New York, Cambridge University Press, 1953 (riguardante Francia, Regno Unito e USA); J. BELL – A. BRADLEY (eds.), *Governmental Liability: A Comparative Study*, London, BIICL, 1991; D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 1994; J. ZILLER, *Modelli di responsabilità pubblica dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in *Diritto e società*, 2009, p. 293. Vari ordinamenti europei (Francia, Germania, Italia, Regno Unito e Spagna) sono inclusi negli studi pubblicati sulla *Revue française d'administration publique*, n. 147, 2013.

tende a stabilire in modo diverso, tra il diritto civile e il diritto amministrativo. Vi è anche la difficoltà derivante dall'ampiezza del tema della responsabilità pubblica *tout court*, che richiede una delimitazione. Un indizio è offerto dalla disposizione dei trattati europei che distingue la responsabilità che attiene ai contratti, all'adempimento delle loro clausole, da quella riguardante i fatti commessi dai funzionari pubblici in violazione del diritto. Esprime forse una riduttiva visione dell'azione amministrativa, ma attesta la necessità d'una delimitazione del tema.

Una delimitazione s'impone, pur nella consapevolezza che le varie specie di attività amministrative sono legate da molteplici nessi. Essa può essere effettuata in negativo e in positivo. In negativo, è necessario escludere le forme di responsabilità riguardanti gli altri pubblici poteri, cioè i legislatori e i giudici, per i quali si pongono questioni distinte e vi sono regole a sé stanti³³⁹. Inoltre, ci si atterrà alla collaudata distinzione tra l'amministrare per provvedimenti e l'attività volta alla stipulazione di contratti o all'erogazione di servizi, escluse dall'analisi in ragione delle particolari questioni che esse sollevano³⁴⁰. In positivo, questa delimitazione del tema consente di tenere conto delle due principali manifestazioni del

³³⁹ O. GOHIN, *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur*, in *Rev. int. dr. comp.* (50), 1998, p. 595; E. GARCIA DE ENTERRIA, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 2007; L.M. DIEZ-PICAZO, *La générosité de la responsabilité «objective» de l'administration en droit espagnol*, cit., p. 655, con riferimento all'articolo 121 della Costituzione spagnola.

³⁴⁰ D. FAIRGRIEVE – M. ANDENAS – J. BELL, *Introduction*, in D. FAIRGRIEVE – M. ANDENAS – J. BELL (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, cit., p. xviii.

potere pubblico che si sono storicamente affermate, prima o poi, in ogni parte d'Europa. La prima è l'attività amministrativa che interferisce nelle situazioni giuridiche soggettive dei privati mediante provvedimenti aventi effetti di tipo sfavorevole. Può trattarsi di provvedimenti generali, mediante i quali viene inibito l'esercizio di diritti, come la commercializzazione di determinate categorie di prodotti agricoli o industriali, o di provvedimenti individuali, come gli ordini, le sanzioni e le autorizzazioni. All'amministrare per provvedimenti può essere assimilata l'attività materiale, segnatamente quella delle forze di polizia nell'esercizio delle proprie funzioni. Vi è anche l'altra forma di azione del potere pubblico, sviluppata soprattutto nel corso del Novecento, che si svolge mediante il dispensare utilità riservate, come le concessioni per utilizzare determinati beni e le licenze per l'esercizio delle attività commerciali. Vi è, infine, l'attività che è rivolta all'interno degli apparati, ossia la gestione del personale pubblico, segnatamente i procedimenti disciplinari.

L'ambito della ricerca è stato delimitato anche sotto il profilo soggettivo, riguardante gli ordinamenti selezionati. Si è fatto riferimento agli ordinamenti già inclusi nell'indagine storica, per coglierne l'evoluzione: sia l'ordinamento francese e quello inglese, considerati alla stregua di idealtipi, sia l'ordinamento austriaco e quello tedesco, troppo spesso trascurati³⁴¹, sia, infine, l'ordinamento italiano. Si è fatto riferimento anche all'ordinamento spagnolo, per la scelta

³⁴¹ Per esempio, da L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 265.

di fondo a favore d'una responsabilità «obiettiva»³⁴², e all'ordinamento svizzero, che è importante per la sua natura confederale³⁴³.

Un limite dell'impostazione tradizionale è che essa si arresta sulle soglie dell'Unione europea quale essa si configurava all'inizio del nuovo secolo. Non tiene conto degli ordinamenti dei Paesi che sono entrati a farne parte più recentemente. È una lacuna da colmare, sia pure al costo d'una selezione, inevitabile per ogni ricerca comparata³⁴⁴. Sono stati presi in considerazione, quindi, anche gli ordinamenti dell'Europa centrale e orientale, come la Polonia, la Romania e l'Ungheria. Oltre tutto, le loro costituzioni includono la responsabilità tra i principi costituzionali cui l'amministrazione pubblica e gli altri poteri sono sottoposti. Ma resta da vedere come essa si configuri in concreto.

È inclusa nell'indagine anche l'amministrazione europea, intesa in senso stretto, inclusiva degli apparati delle istituzioni e delle agenzie dell'Unione. Il suo ordinamento si è discostato fin dall'inizio dalla scelta di definire tale regime giuridico mediante le disposizioni dei trattati o degli atti normativi da essi previsti. Ha seguito, piuttosto, il modello francese,

³⁴² L.M. DIEZ-PICAZO, *La générosité de la responsabilité «objective» de l'administration en droit espagnol*, cit., p. 653.

³⁴³ T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, cit., p. 545.

³⁴⁴ Nel volume curato da K. OLIPHANT, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, cit., sono considerati altri ordinamenti europei, tra cui il Belgio, la Danimarca, la Grecia, il Portogallo e la Repubblica ceca. Tra gli ordinamenti extra-europei, vi sono il Sudafrica e gli USA. In una precedente ricerca comparata, oltre agli USA, è stato incluso l'ordinamento israeliano: I. GILEAD, *Liability of Public Authorities and Public Servants: Israeli Law*, in D. FAIRGRIEVE – M. ANDENAS – J. BELL (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, cit., p. 499.

dando anzi espressamente alla giurisprudenza il compito non di supplire, bensì di definire i presupposti in presenza dei quali la responsabilità dell'amministrazione può essere fatta valere da chi vi abbia interesse. Se ne è discostato, però, per via dell'ancoraggio ai principi generali del diritto comuni agli ordinamenti nazionali. Ciò offre spunti di notevole interesse per l'indagine comparata.

In conclusione, pur se l'ambito della ricerca comparata non è limitato ai soliti ordinamenti, occorre ribadire ancora una volta che i risultati da essi emersi richiedono ulteriori verifiche, riguardanti sia gli altri diritti amministrativi europei che per varie ragioni non è stato possibile includere nell'indagine, sia i diritti amministrativi extraeuropei, rispetto ai quali è auspicabile un confronto in un momento successivo.

5.3. *Un'analisi fattuale*

Indicato l'ambito oggettivo e soggettivo della ricerca, ne va precisato il metodo. Per le ragioni generali già esposte, si è subito scartata l'idea di confrontare i modelli teorici e le soluzioni che si traggono dalle leggi. Si è optato per un'analisi di tipo fattuale³⁴⁵. Nel caso della responsabilità, tre ragioni specifiche militano a favore di questa scelta. La prima è che le poche indagini empiriche disponibili segnalano che il disegno legislativo risente non soltanto dell'interpretazione giurisprudenziale, ma anche delle prassi consolidate nelle istituzioni pubbliche³⁴⁶. La seconda è che non mancano contributi recenti, a volte anche

³⁴⁵ *Supra*, § 3.3.

³⁴⁶ D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica in pratica*.

accurati, che propugnano l'uso d'una metodologia simile³⁴⁷. Oltre a costituire un'ulteriore riprova dell'adeguatezza della scelta effettuata, ciò può permettere utili raffronti, per affinare il metodo utilizzato. La terza ragione è la disponibilità di studi comparati sugli ordinamenti europei, nell'ambito del diritto privato, per vari segmenti della responsabilità³⁴⁸. Ciò agevola i confronti tra le risultanze delle analisi comparate, non senza retroazioni sulla metodologia utilizzata. A tal fine, è utile segnalare due differenze. La prima concerne l'ambito della comparazione, perché è stato esaminato anche il regime giuridico cui è sottoposta l'amministrazione europea. L'altra consiste nella previsione di studi comparati riguardanti alcuni ordinamenti, in posizione intermedia tra i rapporti nazionali e quello finale.

Dalla scelta di fondo a favore di un'analisi di tipo «fattuale» discendono alcune conseguenze di tipo operativo. Esse concernono, prima di tutto, l'elaborazione della griglia cui gli esperti nazionali devono attenersi. In passato, vi si è provveduto attraverso questionari incentrati su concetti (che tipo di responsabilità fosse ammessa per lo Stato) e istituti (se fosse ammessa la responsabilità del potere legislativo, se lo

Studio di casi e analisi di documenti giurisprudenziali, Bologna, Il Mulino, 1995.

³⁴⁷ K. OLIPHANT, *Introduction*, cit., p. 5. Tra quanti l'hanno auspicata, vi sono M. DEGUERGUE, *Régard sur les transformations de la responsabilité administrative*, in *Rev. fr. adm. publ.* (147), 2013, p. 575 e F. MORSTEIN MARX, *Comparative Administrative Law: Review of Discretion*, in *Un. Pennsylvania L. Rev.*, 1939, p. 955.

³⁴⁸ F. WERRO – V. VALENTINE PALMER (eds.), *The Boundaries of Strict Liability in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Stato fosse responsabile indirettamente per gli atti dei propri funzionari)³⁴⁹. Ne derivava un inconveniente, per via dell'astrattezza quanto meno di alcuni quesiti. Per porvi rimedio, coerentemente con il collaudato metodo del «*common core*», alla base di questa ricerca vi è un gruppo di quesiti di tipo ipotetico, del tipo «cosa accade se». Il questionario non serve a far sì che i rapporti predisposti dagli esperti nazionali abbiano una struttura comune, bensì costituisce l'oggetto della discussione che si svolge nel corso di un apposito incontro di studio. È una discussione non breve, che si svolge nell'arco di un giorno e mezzo, incentrata sui risvolti di ogni singolo quesito, volta ad accertare la plausibilità di quei casi in rapporto agli ordinamenti selezionati per la comparazione. Quest'attività può apparire defaticante, eccessivamente attenta alle minuzie. Ma una puntuale e scrupolosa attenzione è indispensabile per assicurarsi che i quesiti – in più di un caso rettificati o riformulati, proprio all'esito della discussione comune – abbiano pienamente senso e significato all'interno di ognuno degli ordinamenti considerati.

È soltanto se questa prima verifica ha un esito complessivo di tipo positivo, che si apre una seconda fase, in cui si chiede agli esperti dei vari diritti nazionali di fornire le risposte repute plausibili, d'illustrarne le ragioni, di fare riferimento alle dottrine e alle teorie più generali di cui i giuristi si servono. È bene sottolineare nuovamente la necessità di non dare rilievo all'orientamento *mainstream*, a un'unica

³⁴⁹ P. MATHIJSEN, *Review of V. Mosler, Liability of the State for Illegal Conduct of its Organs*, Köln, Heymanns Verlag, 1968, in *Mich. L. Rev.* (66), 1968, p. 823.

famiglia di spiegazioni, a un unico ceppo di teoria. Se pure per una determinata questione vi fosse, apparentemente, una sola soluzione prestabilita da una norma posta all'apice dell'ordinamento, non verrebbe meno l'opportunità, se non la necessità, di considerare gli orientamenti giurisprudenziali minoritari, la dottrina meno frequentemente citata. Gli uni e l'altra possono sempre tornare utili qualora altri fatti rilevanti per il diritto (l'entrata in vigore di nuove disposizioni generali o di specie, la pronuncia di una corte costituzionale o sovranazionale)³⁵⁰ consentano di superare i limiti delle interpretazioni consolidate, d'inverare il potenziale insito nelle disposizioni esistenti, di fornire risposte adeguate ai casi nuovi o particolarmente complessi.

S'inserisce qui l'ulteriore fase, che – come notato – costituisce un'altra nota distintiva rispetto alle ricerche svolte nell'ambito del nucleo comune del diritto privato in Europa. Si è ritenuto opportuno svolgere, dopo che i rapporti nazionali sono stati ricevuti, una serie di raffronti incentrati su alcuni di essi, in modo da realizzare una comparazione vera e propria. Essa è sviluppata dalla sintesi che completa il volume.

5.4. *Un'amministrazione responsabile*

Nel capitolo precedente, è stato segnalato il profondo mutamento riguardante la responsabilità pub-

³⁵⁰ Un buon esempio è lo studio di E. DENNINGER sulla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca in tema di procedimento amministrativo: *Effetti della giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione e sul procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (35), 1986, p. 331.

blica. Esso ha investito il modo stesso di concepire l'amministrazione e il diritto, in una parola la filosofia sottostante.

Intorno alla metà del Novecento, si è manifestato un ulteriore mutamento. Pochi lo hanno messo in luce con altrettanta chiarezza d'uno studioso americano, Kenneth Culp Davis. L'ordinamento americano aveva ereditato dal diritto inglese la *Crown's exemption from liability*, l'aveva poi ripudiata in linea di principio, continuando però ad applicarla³⁵¹, fino al punto di estenderla ad alcuni *trusts* e *charities* aventi natura privata³⁵². Inoltre, le corti erano assai riluttanti ad ammettere la responsabilità dei funzionari pubblici per i danni cagionati da atti illegittimi, in cui vi fosse una colpa³⁵³. L'opinione secondo cui la responsabilità del sovrano non può essere fatta valere senza il suo consenso era stata soltanto circoscritta, non superata, dal *Federal Tort Claims Act* (1952) e dagli atti legislativi di pochi Stati, come New York.

Tuttavia, dopo il 1950, le corti, incluse quelle superiori, si erano discostate sempre di più da quella dottrina, talché la responsabilità *for tort* era divenuta la regola anziché l'eccezione³⁵⁴. Si poneva quindi la

³⁵¹ Corte suprema, sentenza *Gibbons v United States* (1871), per l'affermazione del «*general principle which we have already stated as applicable to all governments, forbids, on a policy imposed by necessity, that they should hold themselves liable for unauthorized wrongs inflicted by their officers on the citizen, though occurring while engaged in the discharge of official duties*».

³⁵² R. MICHENER, *Foreword*, in A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Classics, 1982, p. XX.

³⁵³ H. BARRY, *The King Can Do No Wrong*, in *Va. L. Rev.* (11), 1925, p. 349.

³⁵⁴ K.C. DAVIS, *Tort Liability of Governmental Units*, in *Minn. Law Rev.* (40), 1956, p. 751.

questione di quale fosse la ragion d'essere del mutamento.

Davis la rinvenne in una mutata propensione dell'opinione pubblica, subito registrata dalla Corte suprema. La mutata propensione di ciò che potrebbe forse meglio dirsi «*legislative public opinion*» colpiva al cuore la vecchia dottrina dell'immunità, di cui si chiedeva l'abbandono. La Corte suprema comprese che il nuovo corso comportava un chiaro disfavore nei confronti d'ogni immunità governativa e operò di conseguenza, smantellandola³⁵⁵. Ne derivò un diverso modo di considerare le azioni intentate nei confronti delle istituzioni governative, anche quando gli interessati avrebbero potuto agire nei confronti dei funzionari pubblici. Ne discese una maggiore probabilità di successo per quelle azioni e, a lungo andare, una dilatazione del contenzioso sulla responsabilità pubblica. Dall'esperienza giuridica americana può trarsi anche un salutare *caveat* rispetto alla tentazione d'intravedere una sicura progressione dall'immunità alla piena responsabilità. Questa è stata esclusa, nel periodo più recente, da una serie di sentenze della Corte suprema, anche al costo di limitare fortemente la portata della competenza legislativa federale³⁵⁶.

L'apporto dei giudici al cambiamento della responsabilità è stato altrettanto importante in varie parti d'Europa. Nell'ordinamento inglese, il sistema ottocentesco fu messo in discussione man mano che

³⁵⁵ Il giudizio di Davis è stato confermato da G. BERMANN, *Integrating Governmental and Officer Tort Liability*, in *Colum. L. Rev.* (77), 1977, p. 1175.

³⁵⁶ E. CHERMERINSKY, *Against Sovereign Immunity*, in *Stanford L. Rev.* (53), 2001, p. 1201, con riferimento alle decisioni *Seminole Tribe v. Florida* (1996) e *Alden v. Maine* (1999).

i compiti dell'amministrazione aumentavano e si differenziavano. Nel primo dopoguerra, si osservò che la vecchia regola «*the King can do no wrong*»³⁵⁷ poteva essere stata appropriata per un sovrano che emetteva comandi, ma non lo era per il vertice di un potere esecutivo che gestiva imprese come quella postale³⁵⁸. Nel secondo dopoguerra, le corti affinarono tecniche interpretative volte a tenere conto del pubblico interesse³⁵⁹. Nella perdurante attenzione per l'interesse della collettività a che l'azione dei pubblici poteri possa esplicarsi senza incontrare ostacoli insuperabili, la giurisprudenza ha fissato contenuti meno variabili, da un settore all'altro, al diritto a ottenere il risarcimento. Tale diritto ha perduto molta dell'aleatorietà insita nell'ordinamento vigente fino al 1949, pur se non si è consolidato un principio generale³⁶⁰.

Al cambiamento non è rimasto estraneo il diritto francese. Pur nella persistente distinzione tra la responsabilità pubblica e quella privata, com'è stato dimostrato dallo spoglio metodico della giurisprudenza effettuato da René Chapus, l'iniziale separatezza è stata attenuata dall'evidente analogia di almeno alcuni principi applicati dal giudice amministrativo nei confronti dei funzionari pubblici³⁶¹. La dottrina

³⁵⁷ La massima si trova in BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1770), libro I, capitolo 7.

³⁵⁸ F.P. WALTON, *State Immunity in the Laws of England, France, Italy and Belgium*, in *J. Comp. Leg.* (2), 1920, p. 252.

³⁵⁹ P. LEYLAND – G. ANTHONY, *Administrative Law*, cit., p. 469.

³⁶⁰ Malgrado la sentenza della House of Lords nel caso *Anns v. Merton London Borough Council* (1978), in cui si affermò l'esistenza di un *duty of care*. Sull'inesistenza di un principio generale, C. HARLOW, *Understanding Tort Law*, cit., p. 19.

³⁶¹ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*. *Les*

ha assecondato questo mutamento, attraverso i suoi esponenti più autorevoli.

Nell'ordinamento italiano, fino alla fine del secolo scorso i giudici hanno – invece – proceduto con estrema cautela nel dare attuazione all'articolo 28 della Costituzione. Solo nei casi di punta, hanno attribuito la qualifica di diritto a un interesse di cui il ricorrente lamentava la lesione³⁶². Solo nel 1999 la Corte di cassazione ha riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi ed essa lo ha fatto limitatamente ad alcuni, non a tutti³⁶³. Il *révirement*, oltre tutto, si ricollega strettamente alla scelta di politica legislativa sottesa alla direttiva comunitaria del 1992 riguardante i ricorsi in materia di appalti pubblici, alla previsione dell'obbligo di risarcire i danni arrecati a qualsiasi interesse.

Ben diversa, nei modi e nel punto di arrivo, è stata l'evoluzione della disciplina spagnola. Alcuni anni

influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, Paris, L.G.D.J., 1952. Il giudizio riportato è di J.M. AUBY, nella recensione pubblicata nella *Rev. int. dr. comp.* (6), 1954, p. 384. Pochi anni prima di Chapus, la separatezza del diritto amministrativo della responsabilità era stata messa in dubbio da C. EISENMANN, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, in *J.C.P.*, 1949, I, p. 742.

³⁶² F. MERUSI – M. CLARICH, *Articolo 28*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1991, p. 336; M. Clarich, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost.* (1987), ora in *Scritti scelti di diritto amministrativo (1982-1999)*, Pisa, Edizione ETS, 2017, p. 99. Tra i pochi a discostarsi dalla logica della responsabilità aquiliana, vi sono G. CORSO, *L'attività amministrativa*, cit., p. 269 e L. FERRARA, *Spunti critici in tema di danno da esercizio illegittimo del potere amministrativo*, in G.D. COMPORATI (a cura di), *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., p. 121.

³⁶³ A. TRAVI, *L'estension de la responsabilité publique en Italie*, in *Rev. fr. adm. publ.*, 2013, p. 685.

dopo la fine della guerra civile, è stato varato una sorta di testo unico, presto seguito dalle leggi volte a disciplinare il processo e il procedimento amministrativo, regolato da una legge emanata in quell'anno 1956 che vide anche l'emanazione della legge ungherese. L'entrata in vigore della Costituzione (1978) ha denotato l'inadeguatezza di parti cruciali della legge sul procedimento, emendata nel 1992³⁶⁴. Nella Costituzione, la responsabilità è uno dei concetti fondamentali del diritto pubblico. Riempirlo di contenuti spetta in primo luogo al legislatore e poi alle corti. Può ben dirsi, quindi, che il regime giuridico della responsabilità pubblica è principalmente opera del legislatore, sia pure con l'ausilio quantomeno d'una parte della dottrina giuridica³⁶⁵.

Altrove, il cambiamento è stato realizzato dalle norme di grado superiore, cioè dalle costituzioni. È il caso della Polonia, della Romania e dell'Ungheria. Nel secondo dopoguerra, quei Paesi persero l'indipendenza e con essa buona parte degli istituti giuridici finalizzati al controllo del potere pubblico. Tuttavia, alcune costituzioni rimasero in vigore dopo l'affermazione dei regimi socialisti e per alcune parti continuarono a funzionare. Le disposizioni dei codici civili riguardanti la responsabilità extracontrattuale non furono soppresse, né alterate. Furono interpretate e applicate sulla base di una lettura del ruolo dello Stato non basata semplicemente sulla sua

³⁶⁴ E. GARCIA DE ENTERRIA, *Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992*, in *Adm. Púb.*, 1993, p. 205.

³⁶⁵ In senso conforme, L.M. DIEZ-PICAZO, *La générosité de la responsabilité «objective» de l'administration en droit espagnol*, cit., p. 655.

vocazione a realizzare l'interesse generale, bensì sulla sua totale alterità rispetto agli altri soggetti. Dunque, la difficoltà – a volte l'impossibilità – di far valere la responsabilità pubblica dipese dal ritorno d'una teoria della pienezza della sovranità statale, superata in altre parti d'Europa, fino al 1989.

Malgrado l'evidente discontinuità che quell'anno comportò sul piano della costituzione intesa in senso materiale, non sempre l'adeguamento delle disposizioni della costituzione formale è stato immediato. L'attuale Costituzione polacca, che riconosce il diritto al risarcimento dei danni causati da attività contrarie al diritto imputabili alle autorità pubbliche (articolo 77), è entrata in vigore solo nel 1997. La Costituzione romena afferma il principio della responsabilità e sancisce il diritto a ottenere il risarcimento dei danni subiti, ma rinvia a una legge organica la fissazione delle condizioni per l'esercizio del diritto e dei suoi limiti. In fatto, è stato un atto normativo del potere esecutivo, l'ordinanza del 2006, a definire le condizioni e i limiti del diritto al risarcimento, ancorandolo a un preciso presupposto: la dimostrazione della sussistenza d'una colpa.

Il mutamento è dunque avvenuto secondo un processo non lineare, di cui non è semplice scandire le fasi. Ma è innegabile che esso abbia avuto luogo. Soggettivamente, la responsabilità concerne le attività imputabili sia alle autorità pubbliche, sia alle altre figure giuridiche soggettive che esercitano funzioni e potestà amministrative, nel senso indicato dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa. Sotto il profilo oggettivo, essa riguarda tutti gli atti autoritativi, inclusi quelli a contenuto o efficacia generale. Restano esclusi i soli atti politici (*actes de gouvernement*), ma

ovunque l'ambito di questa categoria è stato circoscritto, limitato dai giudici in sede interpretativa³⁶⁶.

Inoltre, all'affermazione d'una supremazia dell'amministrazione pubblica è subentrata un'accentuazione dei tratti specifici che denotano la sua azione: non semplicemente il riferimento al perseguimento dell'interesse generale, ma il vincolo a realizzarlo secondo le modalità previste e senza determinare un sacrificio dell'interesse privato maggiore rispetto a quanto è strettamente indispensabile. Ciò conferma l'esistenza di alcuni tratti comuni.

Su di essi si sono innestate le norme degli ordinamenti sovranazionali, la giurisprudenza delle loro corti. Spicca la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Osman*. Essa ha indotto i giudici nazionali a scartare l'idea che le forze dell'ordine debbano essere messe al riparo da azioni legali. Ciò sarebbe ritenuto un diniego di giustizia ai sensi dell'articolo 6 della CEDU³⁶⁷.

Solo pochi anni prima, la Corte di giustizia aveva affermato la responsabilità dello Stato legislatore, un tempo impensabile, per via della stretta connessione con la sovranità³⁶⁸. Non sempre essa è altrettanto rigorosa verso l'amministrazione europea. Non esita a

³⁶⁶ M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (58), 1952, p. 317; H. RUMPF, *Regierungsakte im Rechtsstaat*, Bonn, Rohrscheid, 1955 (per una comparazione tra Francia, Germania e Regno Unito).

³⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 ottobre 1998, causa 23452/94, *Osman vs. UK*. Per la tesi che la sentenza abbia avuto un impatto circoscritto, G. MONTI, *Osman v. UK – Transforming English Negligence Law into French Administrative Law?*, in *Int'l & Comp. L. Q.* (48), 1999, p. 757.

³⁶⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction*, cit., II, p. 12.

respingere i ricorsi intentati dagli operatori economici privati nei confronti delle scelte dell'Unione che dispongono l'anticipata fine del periodo in cui è possibile svolgere un'attività economica: la *ratio decidendi* è che essi non possano invocare il beneficio della certezza del diritto o della tutela del legittimo affidamento, perché sono in grado di prevedere che scelte siffatte possano essere prese³⁶⁹.

5.5. *Una responsabilità di diritto pubblico?*

Una volta assodato che la responsabilità pubblica è condivisa, quanto meno in punto di principio, ci si può chiedere quale natura giuridica abbia. Ci si può domandare, inoltre, se il regime giuridico della responsabilità abbia la propria fonte principale nelle costituzioni o nelle leggi o se esso sia stato plasmato dalla giurisprudenza.

Sotto il primo profilo, in Francia, poco dopo il crollo del secondo impero, si è consolidata l'idea di una separatezza della responsabilità pubblica rispetto all'ordinamento imperniato sulle disposizioni del Codice civile. La responsabilità dell'amministrazione è quindi retta dal diritto pubblico. Peraltro non si differenzia dal diritto privato nei principi di fondo o nei criteri cui il risarcimento è ancorato, in base alla giurisprudenza. Un assetto simile contraddistingue l'ordinamento svizzero, al livello confederale. Esso è stato stabilito dal legislatore, che ha esercitato la propria competenza a legiferare derogando al regime giuridico proprio del diritto privato, disponendo

³⁶⁹ Corte di giustizia, sentenza 14 ottobre 2014, causa C-611/12, *Giordano c. Commissione*, § 52.

che chi abbia subito una lesione non possa rivalersi sul funzionario responsabile³⁷⁰. Questi ordinamenti si differenziano da quello inglese. L'idea stessa d'una responsabilità di tipo pubblicistico è stata ed è tuttora avversata da una parte della dottrina, che addebita all'ordinamento europeo il ricorso alla distinzione tra il diritto privato e quello pubblico³⁷¹.

Non è detto, però, che la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato comporti inevitabilmente la configurazione d'una responsabilità dell'amministrazione separata rispetto a quella che sorge nei rapporti tra i privati. La disciplina italiana e quella tedesca ne offrono altrettante e significative dimostrazioni. In Italia, la codificazione francese costituì ben più che un modello cui ispirarsi. Lo fu per via della decisione di Napoleone di applicare la legislazione d'oltralpe. Lo fu anche dopo la Restaurazione, quando i codici civili promulgati nei diversi Stati restarono ancorati al modello francese, con l'eccezione dell'area controllata dall'Impero asburgico. Lo fu dopo l'unificazione, quando nel 1865 fu varato il Codice civile che restò in vigore fino al 1942. Furono proprio i principi da esso sanciti a regolare la responsabilità pubblica³⁷², pur se in fatto i giudici ordinari furono restii ad applicarli nei confronti dell'amministrazione³⁷³.

In Germania, il punto di riferimento principale è stato la disciplina stabilita dal Codice civile, ma la

³⁷⁰ T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, cit., p. 546.

³⁷¹ C. HARLOW, *The Crown: Wrong Once Again?*, in *Modern L. Rev.* (40), 1977, p. 728.

³⁷² A. TRAVI, *L'estensione de la responsabilité publique en Italie*, cit., p. 685.

³⁷³ R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 128.

sua interpretazione risente delle disposizioni della legge fondamentale (*Grundgesetz*), nella visione d'uno Stato non soltanto astretto dal diritto, ma chiamato a rispettare e a realizzare i diritti individuali³⁷⁴. Altrettanto può dirsi per l'ordinamento austriaco. Esso ha potuto disporre d'una codificazione del diritto privato ben prima dei Paesi confinanti, fin dal 1811. Ai principi del codice civile si sono attenuti i giudici. La loro interpretazione è tanto più importante in quanto la Costituzione del 1920, diversamente da quella tedesca, non prende posizione sulla responsabilità pubblica.

L'influenza dei principi affermati in Austria e in Germania è riscontrabile ben al di là dei confini nazionali. Una riprova può essere tratta dall'ordinamento polacco. Subito dopo l'indipendenza, nel 1918, la Polonia si trovò di fronte a tre opposte discipline: nella parte occidentale, seguendo il modello austriaco e tedesco, era ammessa la responsabilità dello Stato; nella parte orientale, la disciplina d'impronta russa lo configurava come immune; nella parte centrale, vi era una disciplina di tipo francese. La scelta effettuata nel 1921, dalla Costituzione, fu nel senso della responsabilità: prevalse l'influenza tedesca, pur se le corti espressero dubbi sulla cogenza di quella norma, le attribuirono una valenza programmatica, non precettiva; si attennero alla distinzione tra gli atti d'imperio e di gestione³⁷⁵. Per quanto di-

³⁷⁴ Articolo 34 della legge fondamentale. Per un'analisi, U. KARPEIN, *L'esperienza della Germania*, in D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, cit., p. 132; W. RÜFNER, *Basic Elements of German Law on State Liability*, in J. BELL - A.W. BRADLEY (eds.), *Government Liability*, London, BIICL, 1991, p. 259.

³⁷⁵ W.J. WAGNER, *Recent Developments in State Tort Liability in Poland*, in *Am. J. Comp. L.* (20), 1972, p. 248.

scutibile in sede teorica e di non facile applicazione pratica, quella distinzione non mise in discussione il principio di fondo. Esso non fu soppresso nemmeno dopo l'instaurazione di un ben diverso regime politico, dopo il 1948.

Anche nel diritto spagnolo, sin dalla codificazione del 1889 l'impostazione della responsabilità è stata stabilita dal legislatore. Nel 1956, nel periodo franchista, esso ha optato per una disciplina speciale, ritenuta corrispondente alle mutate istanze politiche e sociali. Questa disciplina è stata poi assorbita dalla legge sul procedimento amministrativo. La Costituzione reca un'evidente traccia di questa connessione, nella disposizione che riserva allo Stato il legiferare sul procedimento e sulla responsabilità. Sarebbe improprio, quindi, annoverare la Spagna tra i sistemi nei quali il regime della responsabilità pubblica coincide tendenzialmente con il regime stabilito dal diritto privato³⁷⁶.

Dai richiami appena effettuati possono trarsi indicazioni preziose ai fini della comprensione del ruolo giocato dai vari formanti giuridici. Sin dalle prime codificazioni, coerentemente con la tradizione comune che affonda le sue radici nell'elaborazione medievale del diritto romano, è stata sancita la responsabilità aquiliana. In molti casi, non in Francia, le disposizioni dei codici civili sono state applicate all'agire della pubblica amministrazione. Nel corso del Novecento, la sua responsabilità è stata affermata da norme costituzionali in senso formale: lo hanno fatto la Costituzione di Weimar nel 1919, la Costituzione italiana e la *Grund-*

³⁷⁶ L.M. DIEZ-PICAZO, *La générosité de la responsabilité «objective» de l'administration en droit espagnol*, cit., p. 656.

gesetz nel secondo dopoguerra, la Spagna nel 1978, la Polonia, la Romania e l'Ungheria dopo il 1989.

Da questa nuova tendenza comune si discosta il Regno Unito, per via della sua costituzione «storica». Se ne discosta anche la Francia, dove la responsabilità è stata plasmata dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, pur se l'istituzione di un giudice delle leggi – il *Conseil constitutionnel* – non è stata priva di conseguenze: il diritto al risarcimento del danno è stato tratto dall'articolo 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Di conseguenza, quel diritto non può essere interamente escluso dal legislatore.

In conclusione, all'interno d'una impostazione di fondo sempre più orientata ad ammettere la responsabilità pubblica, si sono alternati diversi paradigmi. Essi si sono via via in varia guisa situati tra i due estremi della determinazione dei principi al livello delle norme di grado superiore, costituzionali, e della loro elaborazione da parte della giurisprudenza, con l'apporto della dottrina.

Malgrado la loro sinteticità, queste notazioni rendono ragione del dubbio espresso inizialmente circa la portata della «grande dicotomia» che alcuni studiosi francesi e inglesi, alla fine dell'Ottocento, tracciarono tra i rispettivi ordinamenti. Non si può escludere che vi abbia influito, insieme alla più approfondita conoscenza che ciascun giurista ha del proprio ordinamento, l'umana tendenza a sopravvalutarne l'importanza, non disgiunta da un certo compiacimento³⁷⁷. Non si può nemmeno escludere che

³⁷⁷ R. BONNARD, *Civil Responsibility Toward Private Persons in French Administrative Law*, cit., p. 141.

vi abbia contribuito l'inadeguata conoscenza degli istituti giuridici effettivamente vigenti nel resto d'Europa. Un attento sguardo a quegli istituti fa giustizia della sopravvalutazione di entrambi quei modelli, rafforza l'ipotesi alternativa alla loro contrapposizione³⁷⁸.

5.6. *Diversità dei sistemi delle tutele*

Insieme alla natura giuridica della responsabilità pubblica e alle sue fonti, un aspetto ha tradizionalmente attirato l'attenzione dei giuristi: la diversa configurazione dei sistemi delle tutele. La ricerca ha confermato che è difficile comparare nell'efficacia ordinamenti assai diversi nell'assetto istituzionale e nella tipologia dei rimedi esperibili³⁷⁹. Un sistema delle tutele va giudicato più sulla rispondenza ai principi costituzionali e sui risultati ottenuti che con riferimento a paradigmi astratti³⁸⁰. La storia e la comparazione inducono a diffidarne. È significativo che lo studioso che aveva curato l'ultima edizione dell'opera di Dicey sul diritto costituzionale, Wade, pur ribadendo il proprio convincimento circa l'adeguatezza del sistema giudiziario inglese, non abbia

³⁷⁸ M. FROMONT, *Droit administrative des États européens*, cit., p. 3.

³⁷⁹ Come hanno fatto G.A. SCHUBERT nell'affermare la superiorità del regime di responsabilità affermatosi in Francia e negli USA rispetto a quello inglese, in dissenso da Street: *Review of H. Street, Government Liability: A Comparative Study*, in *J. Pol.* (16), 1954, p. 184, e C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 752, nel ribadire che l'assimilazione della responsabilità pubblica a quella privata promuova la cultura dell'eguaglianza.

³⁸⁰ T.H. BINGHAM, «*There is a World Elsewhere*»: *The Changing Perspectives of English Law*, in *Int'l & Comp. L. Q.* (41), 1992, p. 514.

esitato ad ammettere che la critica del suo predecessore era fondata su «presupposti errati», perché «i tribunali amministrativi non sono necessariamente meno imparziali delle altre corti e, d'altra parte, sono più idonei a sviluppare adeguati principi di giustizia amministrativa di quanto lo siano le corti, che hanno a disposizione i soli strumenti del diritto privato; inoltre, nei casi-limiti, i tribunali amministrativi hanno meno timore d'invadere il campo della *policy*»³⁸¹.

Questa premessa va integrata, constatando che nella letteratura giuridica vi è una ricorrente tendenza a far coincidere l'offerta di giustizia con la giurisdizione. Ma l'offerta di giustizia è più articolata, include i ricorsi amministrativi. Anche in questo aspetto, l'analisi comparata ha seguito con ritardo sia i reali sviluppi istituzionali, sia l'inquadramento concettuale che nelle varie culture giuridiche è stato dato. Si è limitata a ricondurre i ricorsi amministrativi ad alcuni modelli prevalenti, a seconda che fossero rivolti alla medesima autorità che aveva esercitato il potere o a un'altra, ma sempre all'interno del potere esecutivo, oppure a un apposito ufficio pubblico. Ha così contribuito a diffondere una *conventional wisdom* che è criticabile per motivi fattuali e normativi.

In fatto, nell'evolversi dell'assetto costituzionale inglese, gli appelli all'interno delle autorità amministrative e al loro esterno (*administrative tribunals*) hanno avuto una notevolissima importanza, confermata dalla recente riforma, che li ha inquadrati sistematicamente³⁸². In Germania, in Austria e in altri

³⁸¹ H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 68.

³⁸² R. THOMAS, *Administrative Justice, Better Decisions, and Organizational Learning*, in *Public Law* (59), 2015, p. 111.

ordinamenti dell'Europa continentale, la possibilità di esperire i rimedi di tipo giurisdizionale è subordinata al previo utilizzo dei ricorsi amministrativi. Si tratta d'un vero e proprio requisito, che l'ordinamento richiede sia soddisfatto.

Questo requisito non è in contrasto con l'effettività della tutela giurisdizionale. Ne costituisce una riprova la conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia relativamente all'obbligo di esperire le procedure di conciliazione e arbitrato, nel campo dei servizi pubblici liberalizzati, prima di esperire i rimedi giurisdizionali. Al giudice nazionale che dubitava della legittimità dell'obbligo di avvalersi di tali procedure, in rapporto al diritto all'effettività della tutela giurisdizionale sancito dalla CEDU, la Corte di giustizia ha risposto che quel diritto fa parte delle tradizioni costituzionali comuni, ma non è violato per il solo fatto che agli utenti dei servizi sia richiesto di avvalersi, in prima battuta, di altri tipi di rimedi³⁸³.

A sostegno della scelta di politica del diritto sottesa a questo modo di concepire i ricorsi amministrativi militano argomenti di natura pragmatica, da non sottovalutare. Oltre tutto, almeno due di tali argomenti rinviano ad altrettanti principi generali. Il principio di buona amministrazione non perde la propria importanza dopo l'emanazione dell'atto o della misura con cui un determinato procedimento si conclude; può, anzi, attraverso i ricorsi amministrativi e grazie all'esperienza di coloro i quali li decidono, favorire la riconsiderazione di prassi inadeguate.

Il principio dell'effettività della tutela giurisdizio-

³⁸³ Corte di giustizia, sentenza 18 marzo 2000, cause riunite C-317-9/08, *Alassini e. a. c. Telecom*.

nale va considerato non soltanto dall'angolo visuale del singolo ricorrente, ma in un'ottica complessiva, di sistema. Non possono essere sottovalutate le difficoltà pratiche che discendono da un eccessivo incremento del contenzioso³⁸⁴. Dalle scelte di politica del diritto, dalla cultura giuridica dei vari Paesi discende il diverso rilievo che i ricorsi amministrativi hanno nella realtà effettuale. Essi presentano un'indiscutibile importanza nell'ordinamento tedesco, in quello austriaco e in altri ordinamenti dell'Europa centrale e orientale. Hanno un'importanza assai minore nell'ordinamento italiano. Una prospettiva dinamica consente di comprendere che la differenza non è diminuita. Se si compara l'organizzazione complessiva dei ricorsi amministrativi nel 1980 e oggi è evidente, soprattutto negli ultimi anni, il moto inverso, in un caso di rafforzamento di tali ricorsi, nell'altro di sostanziale desuetudine³⁸⁵.

L'importanza del mutamento si manifesta anche in rapporto alla giurisdizione. Secondo la visione tradizionale, in Europa esistono due modelli paradigmatici o idealtipi³⁸⁶. Essi corrispondono ai sistemi monistici o dualistici. La differenza sta in ciò. In un

³⁸⁴ M. ELLIOTT – R. THOMAS, *Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution*, in *Cambridge L. J.* (71), 2012, p. 297.

³⁸⁵ Secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2007, 4° ed., p. 420, sono poco utilizzati per la scarsa fiducia nell'imparzialità dell'amministrazione e per la disponibilità di rimedi giurisdizionali avverso atti non definitivi.

³⁸⁶ D. LOCHAK, *La justice administrative*, Paris, Montchrestien, 1994, 2° ed., p. 37; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 5; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., p. 1.

primo gruppo di Paesi – al quale appartengono Irlanda, Norvegia e Regno Unito – la tutela giurisdizionale dei privati è concentrata «in un solo giudice e ordine di giudici»³⁸⁷, coerentemente con quello che è stato ed è tuttora da alcuni ritenuto un dogma. Un secondo gruppo di Paesi – comprendente, tra gli altri, Francia, Germania, Grecia, Italia e Olanda – è contraddistinto dalla compresenza di due giudici dell'amministrazione: il giudice che, per abitudine, è detto ordinario³⁸⁸ e il giudice amministrativo. Quest'ultimo ha giurisdizione su una determinata tipologia di interessi coinvolti dall'azione dell'amministrazione ed è perciò considerato un giudice speciale.

Tutti gli studiosi più avvertiti non esitano a circondare questa dicotomia d'una serie di cautele. Si precisa opportunamente che non è che i sistemi monistici siano privi di organi e procedimenti specializzati, anzi ve ne sono sempre, anche nel sistema giudiziario inglese³⁸⁹, che nei sistemi dualistici la tutela erogata dai giudici amministrativi presenta analogie con gli istituti della giurisdizione ordinaria; sicché le differenze tra gli ordinamenti ascritti all'uno o all'altro modello sono sovente di grado, più che di natura³⁹⁰. Quelle differenze hanno la loro causa nel modo

³⁸⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, 2° ed., p. 41.

³⁸⁸ S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, cit., V, p. 525.

³⁸⁹ H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 5 riteneva necessaria la specializzazione all'interno dell'Alta Corte, poi realizzata nella *Queen's Bench Division*.

³⁹⁰ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., p. 8; G. BRAIBANT, *La jurisdiction administrative en droit comparé*, in *Rev. Admin.* (52), 1999, p. 204; J.H.

in cui ogni Stato, coerentemente con la propria cultura e la propria storia, ha risposto a problemi che si sono presentati più o meno nello stesso modo e nello stesso periodo, quando si è manifestato il crescente protagonismo dello Stato nella vita economica e sociale. Si tratta, anzitutto, del problema di come si possa conciliare l'esistenza d'una serie di diritti, riconosciuti e garantiti dalle costituzioni e dalle leggi, con l'attribuzione alle pubbliche amministrazioni di poteri (*rectius*: potestà) che consentono loro di realizzare gli interessi affidati alla loro cura prescindendo dal consenso dei titolari di quei diritti o anche contro la loro volontà. Si tratta, inoltre, di assicurare il rispetto del principio della separazione dei poteri.

Pur se chiara concettualmente e corroborata da alcuni dati normativi e fattuali, questa distinzione non è in grado né di rendere conto della varietà degli assetti istituzionali e dei rimedi esperibili da parte dei privati, né delle tendenze comuni più recenti. Non coglie un'importante diversità all'interno del secondo gruppo di ordinamenti, a seconda che il giudice amministrativo abbia la titolarità di funzioni giurisdizionali e consultive o abbia solo il ruolo di giudice. Anzi, questo modello, proprio dell'Austria, della Germania e di altri Paesi dell'Europa centrale e orientale è probabilmente il più diffuso³⁹¹.

MERRYMAN – R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, cit., p. 94. Sull'analogia tra le norme italiane e tedesche relative al riparto di giurisdizione, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 145; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, Giuffrè, 2017.

³⁹¹ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, cit., p.

Non mette in luce il più ricco apparato di azioni messe a disposizione dei privati in alcuni ordinamenti, come quello tedesco. La distinzione tra i due modelli riflette un assetto ben lontano nel tempo, quando la determinazione della competenza dei giudici amministrativi si fondava sull'*Enumerationsprinzip*, che li connotava come giudici speciali³⁹². Ma nel corso del tempo, il perimetro della loro azione è stato fissato da clausole generali, ad opera del giudice stesso (in Francia) o del legislatore (in Austria e in Germania).

Inoltre, nel secondo dopoguerra il giudice amministrativo è stato costituzionalizzato in Italia e in Germania. Lo è stato, in seguito, in Grecia, Portogallo e Spagna. Dopo il 1989, contrariamente alle aspettative di alcuni comparatisti³⁹³, corti amministrative dell'uno o dell'altro tipo sono state istituite in molti Paesi dell'Europa centrale e orientale, nonché nell'America Latina³⁹⁴. Esse si sono affermate, rappresentano una realtà pienamente attiva, che molti intendono consolidare. È ingiustificato, quindi, vedere in ciò la deviazione rispetto a un presunto modello ottimale. Ciò che accomuna i vari sistemi delle tutele, al di là della scelta di una specializzazione funzionale o di un giudice apposito, è una conseguenza inevitabile

128; D. LOCHAK, *La justice administrative*, cit., p. 35; G. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto*, Torino, Utet, 1992, 4° ed., VII, p. 5 (dell'estratto).

³⁹² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 44; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 30.

³⁹³ R. SCHLESINGER e.a., *Comparative Law: Cases, Texts, Materials*, cit., p. 488.

³⁹⁴ Per una visione d'insieme, J. RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ - M. GARCÍA PÉREZ (coords.), *La jurisdicción contencioso administrativa en Iberoamérica*, Caracas, Editorial jurídica, 2014.

dell'incremento delle funzioni e delle potestà attribuite all'amministrazione e della connessa esigenza di apprestare adeguati meccanismi di tutela dei privati³⁹⁵.

È alla luce di questa premessa che vanno considerati i rimedi giurisdizionali riguardanti la responsabilità. È abituale constatare che chiunque intenda far valere la responsabilità dell'amministrazione inglese deve avvalersi di uno tra i vari *torts* – il più delle volte di origine medievale – previsti dall'ordinamento³⁹⁶, mentre in Francia dispone d'una azione generale e non è tenuto a dimostrare che la sua condotta ha leso uno specifico interesse ai beni della vita, come accade in Germania. Questa differenziazione persiste, pur se convive con una tendenza comune accentuata dall'azione degli ordinamenti europei.

La tendenza comune è l'emergere, all'interno del composito *genus* delle dispute riguardanti le attività svolte dalle pubbliche amministrazioni, d'una specie composita di dispute di diritto pubblico, per attenersi alla locuzione impiegata da Laferrière, corrispondenti alle relazioni di diritto pubblico, nella terminologia di Fleiner e di molti altri³⁹⁷. Esse vanno tenute distinte dalle liti che sorgono tra i privati o che coinvolgono

³⁹⁵ D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento, s.e., 2000, p. 35; *La justice administrative en Europe*, Paris, P.U.F., 2007, p. 56.

³⁹⁶ J. BELL, *La responsabilité de l'administration en droit anglais: caractéristiques générales, torts et compensation*, cit., p. 691. Relativamente all'Italia, G. FALCON – F. CORTESE, *Civil Liability of the Public Administration: Jurisdiction and Process*, in *Ius Publicum Network*, 2011, p. 3.

³⁹⁷ F. FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, cit., p. 40.

l'amministrazione quando essa agisce in base al diritto privato. Questa tendenza è comune, oltre che agli ordinamenti sui quali ha più influito il modello francese di giustizia amministrativa, all'Austria, alla Germania e ai vari ordinamenti dell'Europa centrale e orientale nei quali si è cercato di seguirne l'esempio. La distinzione delle dispute di diritto pubblico dalle altre controversie è stata formalizzata anche negli ordinamenti riconducibili al modello monistico, come l'Inghilterra. Fin dalla decisione presa dalla *House of Lords* nel 1983, le dispute di diritto pubblico possono essere instaurate mediante un'*application for judicial review*, distinta dalle tradizionali azioni esperibili nelle dispute tra i privati³⁹⁸. Più recentemente, l'*Human Rights Act* (1998) ha introdotto un'autonoma forma di responsabilità di diritto pubblico per la violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU. A sua volta, il giudice amministrativo francese, attenendosi alla giurisprudenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ha definito il risarcimento della violazione della Convenzione sotto il profilo della responsabilità dello Stato per colpa lieve³⁹⁹.

Secondo il Consiglio d'Europa, l'esercizio del diritto al risarcimento non può essere reso oltremodo

³⁹⁸ House of Lords, *O'Reilly v. Mackman* (1983); per un'analisi, J. BELL, *Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais (l'arrêt O'Reilly v. Mackman: un arrêt Blanco?)*, in *Rev. fr. dr. adm.* (1), 1985, p. 399; M.P. CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla common law al droit administratif?*, in ID. (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, cit., p. 18.

³⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 ottobre 2000, ricorso n. 30210/96, *Kudla c. Polonia*; sulla sua attuazione in Francia, D. COSTA, *Contentieux administratif*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, 2° ed., p. 48.

arduo dalla configurazione dei mezzi d'impugnativa disponibili in un certo ordinamento. L'adesione agli ordinamenti sovranazionali ha così rafforzato la domanda d'una giustizia piena nelle controversie in cui sono coinvolte le autorità che adempiono una funzione amministrativa.

5.7. *La giustizia procedurale: l'ingiustificato licenziamento di un funzionario*

L'analisi degli assetti istituzionali, delle regole e delle categorie teoriche relative alla responsabilità agevola l'analisi fattuale. Essa è incentrata sulle violazioni delle sequenze procedurali, delle regole che governano i vari adempimenti cui i pubblici poteri sono tenuti, dei requisiti formali. È volta ad accertare se, oltre a innumerevoli tratti distintivi, vi siano anche tratti comuni e connettivi, i quali non si configurano come massime o vincoli generici, bensì hanno una precisa importanza sul piano giuridico. L'assunto è che abbiano rilievo per il diritto tutti i presupposti e le condizioni che devono realizzarsi affinché le potestà pubbliche siano validamente esercitate, pur se non è detto che tutti i discostamenti dal paradigma normativo comportino l'illegittimità, per esempio se viene superato il termine prestabilito entro il quale l'autorità deve emanare l'atto finale⁴⁰⁰.

I procedimenti esaminati sono sia di tipo stru-

⁴⁰⁰ Sul diritto inglese, H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 79. In termini simili, il Consiglio di Stato italiano ha escluso che la violazione del termine estingua il potere. Per la tesi opposta, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995.

mentale, sia di tipo finale, cioè rivolti all'esterno degli apparati. Tra i primi, i procedimenti disciplinari forniscono spunti di notevole interesse. Essi hanno avuto un importante sviluppo nelle teorie generali di Hauriou e Romano sulle istituzioni pubbliche, in vista della necessità di evitare che la condotta dei funzionari si discosti dalle regole che servono a preservare le istituzioni e la loro fedeltà alle finalità cui sono adibite⁴⁰¹. Sono tradizionalmente imperniati su un delicato equilibrio tra l'obiettivo di reprimere le mancanze agli obblighi che discendono dall'esercizio d'una pubblica funzione e l'esigenza di garantire l'imparzialità dell'amministrazione, mettendo i suoi funzionari e agenti al riparo dal potere politico. Proprio per l'esercizio dello *ius puniendi*, questi procedimenti hanno molto in comune con quelli penali, donde la frequente connessione. Ne condividono anche il pieno vigore del principio di legalità nella logica *nulla poena sine lege*. Se ne differenziano, però, perché le misure disciplinari attengono allo status professionale dell'interessato, non allo *status libertatis*⁴⁰². In ciò, sono assimilabili alle sanzioni che le autorità pubbliche comminano ai privati che violano la legge. Al pari di esse, sono suscettibili d'incidere in modo sfavorevole sui mezzi di sussistenza di cui una persona dispone. Di qui l'osservazione che, se vi è un potere che, più di ogni altro richiede un

⁴⁰¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., p. 137 (secondo cui il diritto, in questi procedimenti, non ha soltanto una valenza repressiva, ma anche organica); S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni* (1898), in *Scritti minori*, cit., II, p. 83.

⁴⁰² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Monthrestien, 1985, p. 255.

procedimento corretto e implica il diritto di difesa, è proprio quello disciplinare⁴⁰³.

Nell'esame dei procedimenti disciplinari nei confronti dei funzionari pubblici, si riscontrano diversità nella configurazione giuridica del rapporto d'impiego con le amministrazioni, nel livello di dettaglio soprattutto degli ordinamenti speciali per gli appartenenti alle forze di sicurezza e alle forze armate, nella forza che le organizzazioni sindacali hanno d'imporre adeguamenti alle regole⁴⁰⁴. Ma l'esercizio della potestà disciplinare è ovunque circondato da garanzie. La sua particolare delicatezza giustifica un procedimento amministrativo complesso. A volte, esso è preceduto da un tentativo di mediazione o di conciliazione. Una volta che il procedimento vero e proprio ha inizio, esso è scandito in più fasi. Nella maggior parte dei casi, l'interessato può essere difeso da un collega o dal proprio legale oppure da quello fornito da un'organizzazione sindacale e la decisione finale va presa da un organo collegiale. Alcuni ordinamenti, come quello tedesco, stabiliscono specifici obblighi di accuratezza riferiti all'istruttoria, all'accertamento dei fatti. La durata massima dei procedimenti disciplinari varia. Variano anche i nessi tra i procedimenti amministrativi e quelli penali, relativi ai medesimi fatti.

Accanto a queste e ad altre peculiarità, vi sono alcuni tratti comuni e ricorrenti. Il primo è l'esigenza di rispettare l'ordine in cui le varie fasi devono svolgersi: dalla contestazione degli addebiti al momen-

⁴⁰³ W.H.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 266.

⁴⁰⁴ C. HARLOW, *Una rassicurazione simbolica: il ruolo del controllo giurisdizionale in una democrazia liberale*, cit., p. 217.

to in cui l'interessato si difende facendo valere le proprie ragioni, fino alla decisione finale e alla sua notificazione. Il procedimento prestabilito, quindi, va seguito. Ha una speciale importanza l'audizione del funzionario, perché è in gioco il diritto di difesa, sancito dalle tradizioni giuridiche comuni, confermate dall'articolo 6 della CEDU⁴⁰⁵. Proprio per questo motivo, l'audizione dell'interessato non è di tipo meramente cartolare. È prevista una vera e propria *hearing*, di cui va predisposto e tenuto il resoconto. In ciò, anche gli ordinamenti nazionali, come quello italiano, che non accolgono l'oralità dell'audizione in una disposizione di natura generale, si conformano alla versione più garantista della regola *audi alteram partem*, seguendo la tradizione e, non ultimo, il buon senso. Infine, la decisione finale, soprattutto se essa è suscettibile di dare luogo a effetti di tipo sfavorevole per l'interessato, deve essere motivata. È un'ulteriore garanzia, rilevante in sé e ai fini del controllo giurisdizionale.

Il quesito posto agli esperti nazionali sollecita, tuttavia, un'ulteriore riflessione. Essa concerne le conseguenze di eventuali incompletezze od omissioni. Esemplifichiamo con riferimento all'audizione dell'interessato. Essa ha un'importanza emblematica, attestata in tutti gli ordinamenti considerati. Tuttavia, a volte, se l'audizione è stata omessa, l'autorità competente può effettuarla in un momento successivo, purché ciò avvenga prima della conclusione del processo instaurato dall'interessato. Anche in assen-

⁴⁰⁵ Il Conseil Constitutionnel francese, nella decisione del 30 marzo 2006 n. 535, ha fatto riferimento anche all'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

za dell'audizione, non è detto che la sanzione disciplinare sia annullabile. Non lo è, secondo la legge tedesca, se è evidente che il vizio procedurale non l'ha influenzata, perché se anche l'audizione si fosse svolta, non sarebbe stato possibile un diverso esito. Diverso è il discorso per l'accurato svolgimento dell'istruttoria: se, cioè, i fatti non sono stati accuratamente rilevati, se l'amministrazione non vi ha posto rimedio dopo che l'interessato ha impugnato il provvedimento disciplinare, se ha omesso di chiedere il parere (obbligatorio) di un organo consultivo (per esempio, in Francia), il provvedimento disciplinare può essere annullato dal giudice competente⁴⁰⁶. L'annullamento agisce retroattivamente. Comporta l'obbligo di ricollocare il dipendente nella posizione che ricopriva o in una equivalente, nonché la ricostituzione della carriera. Se è accertato che l'amministrazione ha commesso un illecito, essa può essere tenuta a versare al dipendente gli stipendi (arretrati) non percepiti: quest'obbligo è pacifico, in Germania, a condizione che l'interessato dimostri che il responsabile è venuto meno ai doveri di imparzialità e di buon andamento, donde il diritto a percepire lo stipendio, non gli interessi; non lo è altrove, segnatamente in Francia, perché lo stipendio è il corrispettivo del *service fait*. Bisogna vedere, inoltre, se durante il periodo d'inattività l'interessato abbia avuto accesso ai benefici corrisposti in caso di disoccupazione o di altro genere. Il giudice può, inoltre, tenere conto della condotta dell'interessato, per esempio riducendo

⁴⁰⁶ Emblematica la decisione del *Conseil d'État* del 3 novembre 1971 (l'incompleto esame del curriculum di un funzionario ai fini della progressione in carriera genera una perdita di *chance*).

l'entità del risarcimento in rapporto alle indennità di prestazione distinte dal salario.

5.8. *La revoca d'una concessione* inaudita altera parte

Ai procedimenti disciplinari e sanzionatori può essere accostata l'attività volta a rimuovere gli atti aventi effetti favorevoli riguardanti utilità riservate, come le sovvenzioni e le concessioni per l'uso riservato di beni pubblici, cioè la *government largess*⁴⁰⁷. Giudici e studiosi hanno variamente argomentato che il sacrificio così imposto ai privati è ben diverso rispetto alla reiezione della richiesta di beneficiare di tali utilità riservate e richiede quindi maggiori garanzie.

Ne costituiscono altrettante ed eloquenti dimostrazioni due notissime pronunce – rispettivamente – del giudice amministrativo francese e del giudice comunitario: nel primo caso, il *Conseil d'État* impose il rispetto dei principi della difesa all'interno del procedimento, facendo riferimento alla categoria dei principi generali del diritto amministrativo⁴⁰⁸ e la sua decisione ottenne consensi anche Oltremarina⁴⁰⁹; nell'altro caso, la Corte di giustizia attinse ai principi generali del diritto comuni agli ordinamenti giuridici

⁴⁰⁷ Per il primo ordine di concetti, G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Soc. dir.*, 1990, p. 341; per l'altro, C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale L. J.* (73), 1964, p. 733.

⁴⁰⁸ *Conseil d'État*, 5 maggio 1944, *Dame Veuve Tromprier-Gravier*, su cui v. M. LETOURNER – R. DRAGO, *The Rule of Law as Understood in France*, in *Am. J. Comp. L.* (7), 1958, p. 147. Sulla giurisprudenza relativa alla rimozione degli atti amministrativi, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., p. 293.

⁴⁰⁹ H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 265.

degli Stati membri per affermare che l'autorità che ha emanato un provvedimento di spesa illegittimo può annullarlo⁴¹⁰. Allo stesso modo, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, la revoca d'una licenza di esercizio di un'attività commerciale è suscettibile di violare il diritto al rispetto dei beni sancito dall'articolo 1 del primo protocollo aggiunto alla CEDU. Ciò vale anche per il mancato rilascio d'una concessione, ove esso si configuri come doveroso in base al diritto⁴¹¹.

Ma ciò che s'intende verificare non è se all'esigenza di giustificazione dell'esistenza di una potestà corrisponda la necessità di rispettare determinati canoni di condotta e requisiti di forma, nei quali possano essere rinvenuti altrettanti tratti comuni, bensì quale rilievo giuridico abbiano e quali conseguenze derivino dall'eventuale inosservanza. Si è quindi ipotizzato che un'amministrazione revochi una concessione rilasciata per l'esercizio d'una attività commerciale, non tutte quelle esistenti, e lo faccia senza fornire al concessionario alcuna notizia circa l'avvio del procedimento amministrativo di secondo grado, senza metterlo in condizione di esporre convenientemente il proprio punto di vista all'interno del procedimento, prima che sia presa la decisione finale. Il quesito finale è se, in presenza d'una siffatta attività, il concessionario possa ottenere il risarcimento dei danni subiti.

⁴¹⁰ Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Algera e.a. c. Assemblea Comune della CECA*.

⁴¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2012, ricorso n. 38433/09, *Centro Europa 7 c. Italia*, § 177, con ampi richiami ai precedenti. Secondo G. CORSO, *L'attività amministrativa*, cit., p. 282, il diniego del provvedimento è immediatamente produttivo del danno.

Le soluzioni che emergono negli ordinamenti considerati si articolano su più livelli. Ovunque le autorità esercitano potestà di questo tipo, benché se ne dia una diversa spiegazione: dallo *ius poenitendi* alla necessità di tutelare gli interessi di tutti i potenziali beneficiari delle utilità riservate.

Sono – invece – differenziate le modalità di esercizio della potestà che da noi è detta di autotutela decisoria. A volte sono rette da norme generali, come quelle stabilite dalla legge sul procedimento in Germania e in Italia e dal codice delle relazioni tra il pubblico e l'amministrazione in Francia; più spesso vi provvedono le norme settoriali.

Un'ulteriore distinzione s'impone a seconda che queste ultime si applichino in via esclusiva o debbano essere interpretate alla luce dei criteri sanciti dalla normativa generale. Nel merito, vi sono regole differenziate a seconda che il provvedimento iniziale sia legittimo o illegittimo⁴¹²; esse sono assai dettagliate in alcuni ordinamenti, segnatamente in quello tedesco; talvolta è previsto un limite temporale all'esercizio dell'autotutela.

Tuttavia, ovunque è richiesto che la revoca d'una concessione sia effettuata nel rispetto di alcuni requisiti. L'amministrazione deve indicare, quanto meno sommariamente, le ragioni dell'iniziativa assunta. Essa va notificata agli interessati. Deve esservi uno spazio adeguato affinché essi possano esercitare il proprio diritto di difesa. Ciò include quanto meno la

⁴¹² *Verwaltungsverfahrensgesetz* (1976), articolo 48. Della legge, da noi, vi sono più traduzioni: la più aggiornata è quella di D.U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

facoltà di accedere agli accertamenti e alle valutazioni che hanno innescato l'atto propulsivo, l'iniziativa, e di presentare documenti e memorie per contestare quelle valutazioni, per chiedere che l'amministrazione rinunci all'intento espresso. Se essa lo tiene fermo e rimuove la concessione, deve motivare la decisione.

Tutte queste garanzie sono enunciate in modo più o meno netto dalle leggi o sono affermate a guida di principi generali del diritto, che nell'ordinamento inglese sono inquadrati nella *natural justice*⁴¹³. Ma il giudice normalmente si astiene dall'entrare nel merito della decisione presa dall'amministrazione, se non sotto il profilo della manifesta irragionevolezza, del difetto di proporzionalità. Inoltre, come per i procedimenti disciplinari, così per i procedimenti di secondo grado, la violazione delle regole procedurali non inficia necessariamente la decisione esternata nell'atto finale. In astratto, essa può comunque essere giustificata da circostanze eccezionali e urgenti o dalla necessità di rimuovere tutte le concessioni esistenti, perché vi è un mutamento dell'indirizzo amministrativo. Infine, l'amministrazione potrebbe sostenere che, pur avendo errato ad agire in quel modo, l'esito finale non sarebbe comunque stato diverso, per cui sarebbe tenuta soltanto a pagare l'indennizzo previsto in caso di anticipata cessazione dell'uso riservato del bene.

⁴¹³ P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 408; Per un confronto con la disciplina italiana e spagnola, F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 55; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., p. 287; J. GARCIA LUENGO, *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2016.

Nel caso concreto che si è prospettato, non ricorrono le cause di giustificazione ipotizzate. Se né l'urgenza, né un superiore interesse pubblico giustificano la deviazione dalle garanzie procedurali, la revoca della concessione è suscettibile di essere annullata dal giudice adito dal concessionario. Oltre a eliminare la revoca dalla realtà giuridica, il giudice può pronunciarsi sull'istanza di risarcimento. Questa ha maggiori probabilità di essere accolta, se il concessionario può dimostrare la violazione del suo legittimo affidamento, alla luce del tempo trascorso dal rilascio della concessione. Se l'istanza è accolta dal giudice, il risarcimento include sicuramente il danno effettivamente subito, non necessariamente il lucro non conseguito.

In conclusione, le diversità nazionali non sono poche, né di scarso rilievo. Esse non impediscono tuttavia di dare risposta positiva ai quesiti posti, nel senso che l'amministrazione è tenuta a rispettare i vincoli procedurali, pur se questi sono applicati in modo flessibile; se non lo fa, si espone al duplice rischio dell'annullamento o della declaratoria di nullità⁴¹⁴ e dell'imputazione d'una responsabilità; deve quindi riparare i danni cagionati, talvolta è tenuta anche a pagare *exemplary* o *punitive damages*⁴¹⁵.

5.9. *Misure provvisorie e poteri di polizia*

Il quesito finale è quanto continuo le garanzie procedurali in presenza di compiti aventi un più alto

⁴¹⁴ H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 245.

⁴¹⁵ H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 149, per l'osservazione che a volte il diritto è più severo con l'amministrazione che nei rapporti tra i privati.

tasso di discrezionalità, quasi di tipo politico, o di attività materiali. Due esempi fanno intravedere la persistenza delle prerogative dell'amministrazione: uno riguarda le misure emanate in via provvisoria, a titolo precauzionale, l'altro l'esercizio dei poteri di polizia.

Nel primo caso, si è ipotizzato che l'autorità pubblica agisca dopo aver appreso da notizie di stampa che un determinato prodotto da qualche tempo regolarmente immesso in commercio, una crema di bellezza, oltre a non permettere di ottenere effetti terapeutici, potrebbe presentare rischi per la salute umana, che non erano emersi nelle verifiche tecniche effettuate nel corso del procedimento di autorizzazione. Diversamente dal caso precedente, l'autorità pubblica non rimuove l'autorizzazione, bensì ne sospende l'efficacia. Lo fa con un provvedimento di urgenza, variamente classificabile, per esempio come ordine od ordinanza. Essa è mossa evidentemente dall'intento di tutelare la salute di tutti e per farlo inibisce la commercializzazione di quel prodotto, quanto meno nel breve periodo. Questo esempio può dare il destro a una generalizzazione del tipo: se il compito cui l'amministrazione è chiamata è quello di curare un prioritario interesse della collettività, non v'è dubbio che debba farlo discrezionalmente; la responsabilità sarebbe d'ostacolo all'assolvimento di tale compito, nuocerebbe all'interesse generale.

Tuttavia, agendo nel modo prospettato, l'autorità mette a repentaglio almeno due principi consolidati nei diritti pubblici europei: il principio di legalità, se la potestà che essa ha esercitato non dispone d'una apposita base giuridica, e il principio del giusto procedimento, se ha agito in modo frettoloso, sulla base

di notizie non sottoposte ad adeguate verifiche, irragionevolmente, senza procedere a un'audizione.

I riscontri effettuati su più ordinamenti attestano che questo duplice problema esiste, ma la sua soluzione varia entro determinati margini. Più o meno ovunque, l'impresa interessata è tenuta a impugnare la misura d'urgenza, per evitare effetti di tipo preclusivo rispetto all'istanza di risarcimento, ma l'impugnativa non sospende l'efficacia della misura contestata. La contestazione basata sull'assenza d'una specifica base giuridica per la potestà esercitata dall'amministrazione è confutabile in base alle regole scritte che le attribuiscono una generale competenza ad adottare le misure necessarie per prevenire pericoli per la salute umana o alla regola non scritta – e generalissima – in base alla quale essa deve fare quanto è necessario per evitare rischi ai consociati. Ciò dimostra che un certo modo d'intendere il principio di legalità non regge alla prova dei fatti⁴¹⁶.

Non è detto, però, che l'esistenza del potere legittimi l'autorità ad adottare ogni tipo di atto. In assenza d'una istruttoria tecnica che fornisca evidenza empirica alle decisioni prese dall'amministrazione, d'una possibilità per il titolare dell'autorizzazione di far valere i suoi mezzi di difesa e di consultare i propri esperti⁴¹⁷, l'azione amministrativa è esposta al

⁴¹⁶ Per un caso simile, risolto affermativamente dal Consiglio di Stato, sezione IV, 6 maggio 1980, n. 504, in S. CASSESE, L. FIORENTINO, A. SANDULLI, *Casi e materiali di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1990, 2° ed., p. 303.

⁴¹⁷ Corte di giustizia, sentenza 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn c. Licensing Authority*, § 36, in base alla quale il giudice nazionale adito dal privato deve essere in grado di assicurare un'effettiva applicazione dei principi dell'ordinamento comunitario.

rischio di annullamento. Se ne discenda un illecito, con il conseguente obbligo di risarcire il danno, è un'altra questione, rispetto alla quale occorre distinguere tra l'eventuale accoglimento della richiesta di sospendere gli effetti del provvedimento impugnato e il suo diniego. Solo nel secondo caso, la richiesta di risarcimento ha buone probabilità di essere accolta. La cognizione spetta al giudice ordinario anche in alcuni ordinamenti di tipo dualista, dopo che il giudice amministrativo abbia annullato l'ordine; in altri, il giudice amministrativo decide anche sulla responsabilità.

Ad ogni modo, il giudice potrà essere indotto a sorvolare sull'inesistenza d'una norma generale che legittimi l'amministrazione ad agire, ma le cose cambiano se risulta che non vi è stata alcuna istruttoria, che l'amministrazione ha agito sulla base di notizie non sottoposte a un vaglio, che ha violato il principio di proporzionalità imponendo al privato un sacrificio maggiore di quanto fosse necessario.

L'ultimo caso concerne l'esercizio dei poteri di polizia⁴¹⁸ al di fuori dell'adempimento dei provvedimenti emessi dalla magistratura. Si è supposto che due agenti di polizia impongano a un'automobilista di fermarsi, per un controllo (non per specifiche esigenze di repressione dei crimini), e le chiedano di scendere e di esibire la patente di guida e i documenti relativi al veicolo; che l'automobilista ottemperi ai comandi ma lo faccia in modo concitato, agitando le braccia; che gli agenti ricorrono all'uso della forza in

⁴¹⁸ Nell'amministrazione europea, attualmente, non vi è un'evenienza di questo tipo, ma essa potrebbe sorgere nell'ambito della gestione delle frontiere esterne dell'Unione.

modo eccessivo al fine d'immobilizzarla, senza darle un previo avviso e al di là di quanto previsto dagli ordini di servizio, fratturandole un arto; che essa chieda, quindi, il risarcimento del danno subito, con riferimento anche ai profili morali. Si è fatta astrazione dall'avvio di eventuali procedimenti disciplinari e penali, onde evitare dispersioni su profili collaterali.

Dall'analisi comparata emergono, ancora una volta, innegabili diversità tra gli ordinamenti nazionali, a cominciare dal livello di governo coinvolto, che in molti casi è quello locale o regionale, mentre in altri la competenza è dell'amministrazione statale. È forse più importante il diverso rilievo giuridico che ciascun Paese attribuisce alle norme dell'ordinamento interno delle forze di polizia. Quelle norme sono altresì differenziate in rapporto allo specifico tipo di attività cui le forze di polizia sono adibite. È diversamente organizzata anche la giurisdizione, che il più delle volte spetta al giudice ordinario, mentre nell'ordinamento francese è del giudice amministrativo.

Vanno peraltro sottolineati alcuni aspetti che denotano la condivisione di alcuni criteri generali. Il primo concerne l'ammissibilità dell'azione. In tutti gli ordinamenti considerati è stata superata la concezione dei poteri di polizia come espressione della sovranità dello Stato, che ne giustificava l'immunità. Lo si deve a mutamenti che risalgono assai indietro nel tempo⁴¹⁹. Vi ha contribuito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'azione volta a ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli agenti nel caso ipotizzato sarebbe quindi ritenuta ammissibile. Sarebbe qualificata come un'azione riferi-

⁴¹⁹ *Supra*, cap. IV, § 9.

bile all'amministrazione, per via dell'assenza di dolo per esempio per ragioni personali.

Ciò che più conta è che si terrebbe conto del fatto che gli agenti hanno trasgredito le regole fissate dagli ordini di servizio, cioè le norme interne dell'ordinamento speciale, nonché dell'uso sproporzionato della forza. L'entità del risarcimento sarebbe di non disagevole determinazione, alla luce dei parametri normalmente utilizzati per le spese mediche connesse con il danno materiale. Potrebbe assumere una notevole consistenza se il danno fosse permanente, se ne condizionasse le condizioni di vita. Il risarcimento verrebbe accordato anche per il danno morale. Lo Stato o l'altro ente pubblico cui il funzionario appartiene avrebbe in più di un caso il diritto di rivalsa nei suoi confronti.

Tuttavia, nella determinazione del risarcimento entrerebbero in gioco altri fattori. È prevedibile che la particolare natura dell'attività di polizia farebbe parte dei fattori rilevanti ai fini del giudizio. Il giudice non sarebbe sordo alle ragioni dell'autorità, terrebbe senz'altro conto della condotta della vittima – a mo' di concorso di colpa – in sede di determinazione dell'entità del risarcimento, come d'altronde è previsto dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa più volte richiamata. Forse non sarebbe sordo nemmeno all'insistente monito di certi politici a non sopravvalutare gli interessi dei singoli a scapito dell'interesse della collettività. Questa evenienza è ritenuta altamente probabile in alcuni Paesi che hanno aderito all'Unione europea dopo il Duemila, come l'Ungheria. Al di là dell'effettivo realizzarsi di un'evenienza di questo tipo, la sua possibilità costituisce una riprova che, se le istituzioni di un Paese possono

essere modificate repentinamente, la sua cultura giuridica evolve assai più lentamente. Suggerisce che forse gli studiosi del diritto pubblico si sono dimenticati con troppa fretta degli ordinamenti socialisti, dopo il loro declino⁴²⁰.

5.10. *Una base comune*

Nelle pagine iniziali di questo capitolo, la scelta della responsabilità pubblica è stata motivata non malgrado la tradizionale contrapposizione prospettata tra il modello francese e quello inglese, ma proprio in vista di essa e dell'opportunità di reconsiderarla alla luce dei mutamenti intervenuti nel corso del Novecento e dei modi in cui essi sono stati assecondati o sollecitati dagli ordinamenti sovranazionali. I dati normativi e i dati di fatto allineati suggeriscono la necessità di un cambiamento di prospettiva, se non di paradigma⁴²¹.

La differenza iniziale non può essere sottovalutata. Nell'ordinamento inglese, si attribuì all'eguale responsabilità una valenza etica. Di fatto, la disciplina vigente, risultando da una stratificazione di pratiche e usi, dall'interpretazione accumulatasi nel tempo riguardo all'irresponsabilità regia, si caratterizzò per l'inerzia di fronte al cambiamento e per una limitata effettività della responsabilità riferita alle pubbliche amministrazioni.

In Francia, la previsione di un ordinamento speciale della responsabilità non rappresentò una con-

⁴²⁰ A. SAJO, *On Old and New Bottles: Obstacles to the Rule of Law in Eastern Europe*, in *J. Law & Soc.* (22), 1995, p. 97.

⁴²¹ E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, cit., p. 1.

seguenza necessaria del principio della separazione dei poteri. Quell'ordinamento speciale fu concepito come separato rispetto al diritto civile. Ma questa risultanza storiografica, in quanto tale, non esclude affatto che, se si fosse applicato il codice civile, il regime della responsabilità sarebbe stato più equilibrato, se non più generoso per i privati: un'ipotesi controfattuale che un'analisi obiettiva tende a escludere. Lo speciale regime giuridico della responsabilità non costituisce un'anomalia da correggere, pur se presta tuttora lacune, da rimuovere. È stato il naturale, istituzionale riconoscimento d'una diversità riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina allo speciale ruolo dell'amministrazione pubblica, un ruolo determinante nella società, ma non esente da limiti. È un modello compiuto, a sé stante. Se non esistesse, sarebbe utile concepirlo, ai fini del confronto con gli altri ordinamenti. Proprio perché è esistito e con quei tratti specifici, ha costituito un punto di riferimento in altre parti d'Europa sia pure in chiave negativa, cioè come esempio da non seguire.

Malgrado l'enfaticizzazione della contrapposizione tra questi due modelli, probabilmente nessuno di essi ha esercitato un'influenza paragonabile a quella della disciplina della responsabilità che si è affermata, con una non trascurabile varietà di istituti, in Austria e in Germania⁴²². Esso si è storicamente contrapposto all'immunità del potere propria della tradizione russa, certamente non scalfita dal non breve periodo sovietico. È altresì un modello a sé stante rispetto agli altri due: per via della forte caratterizzazione dei doveri connessi con l'assunzione di un pubblico ufficio;

⁴²² J. ZILLER, *Modelli di responsabilità pubblica*, cit., p. 293.

per le scelte di fondo effettuate dalla legislazione; per la configurazione della responsabilità pubblica in termini distinti, non separati rispetto al diritto privato. È un modello denotato dall'enfaticizzazione della buona amministrazione, del contributo che regole di diritto ben ordinate in sistema possono dare a tal fine. Si ricollega a questa visione anche l'importanza attribuita ai ricorsi amministrativi. I motivi di complementarietà tra i ricorsi amministrativi e quelli giurisdizionali sono di immediata evidenza, nonché di assoluto buon senso, pur se non trovano riscontro ovunque.

Dallo specifico angolo visuale di questa ricerca, la situazione generale che si delinea è contraddistinta dal persistere di svariate e significative diversità tra i regimi nazionali della responsabilità pubblica, quanto al modo di concepirla e di offrire tutela a coloro i quali intendono invocarla. Pure, le costituzioni, le legislazioni e le interpretazioni che ne danno i giudici e gli altri organi di controllo si ispirano ad alcuni principi comuni. Tali principi bandiscono l'immunità del potere e con essa l'idea che la tutela degli interessi generali della collettività giustifichi *sic et simpliciter* il sacrificio imposto ad alcuni soggetti privati.

Negli ordinamenti considerati, anche in ragione dell'adesione al Consiglio d'Europa e a maggior ragione all'interno dello spazio giuridico europeo configurato dal Trattato di Oporto (1992) e dagli accordi collegati, le amministrazioni non si sottraggono alla verifica *a posteriori* della conformità delle attività e degli atti a chiari criteri generali, all'osservanza «come minimo» delle forme essenziali⁴²³. Tali forme corri-

⁴²³ E. SCHMIDT-ABMANN, *Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania*, in *Dir. pubbl.* (3), 1997, p. 57; J. MASHAW,

spondono ad altrettante garanzie procedurali. Esse includono, in particolare, l'obbligo di svolgere un'istruttoria e al suo interno di dare ascolto agli interessati, l'obbligo di valutare i documenti e le memorie da essi presentati, il principio di proporzionalità. In virtù di questi istituti e principi, il rapporto tra la discrezionalità e la responsabilità non è visto in termini antitetici, ma di complementarità. La discrezionalità è di rado assoluta ed è altrettanto raramente del tutto assente, ha una maggiore intensità in rapporto a taluni poteri, alle mutevoli circostanze, al grado di urgenza.

Diversamente da quanto asserito dalla corrente di pensiero secondo cui ogni difformità dal paradigma normativo comporta l'illegittimità degli atti, e prima ancora delle attività, dei pubblici poteri, la giustizia procedurale si configura come un concetto flessibile⁴²⁴. Essa si sostanzia in principi da cui discendono obblighi a contenuto variabile anziché invariabile⁴²⁵, la cui violazione non sempre dà luogo all'annullamento degli atti o delle misure contestati⁴²⁶. Il riferimento al variabile contenuto di questi obblighi è imposto dall'esigenza di bilanciamento tra

Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability, in *Law & Cont. Probl.* (42), 1978, p. 25.

⁴²⁴ P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 361; C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 621. La tesi dell'illegittimità è in A. MERKL, *I due volti del diritto*, cit., p. 314.

⁴²⁵ Per questa distinzione, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 133.

⁴²⁶ E. SCHMIDT-ABMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, cit., p. 471 ne individua la ragion d'essere nella funzione servente delle regole procedurali rispetto agli interessi sostanziali.

gli interessi in gioco, nonché dalla preoccupazione di evitare il formalismo che sempre più spesso anima i legislatori. Anch'essa, a ben vedere, è una tendenza comune. Contribuisce a spiegare perché la giustizia procedurale, riferita all'amministrazione pubblica, abbia maggiori probabilità di essere invocata con successo nei casi di punta, di fronte a ingiustizie percepite come intollerabili, che non sono venute mano malgrado gli spazi conquistati dal diritto⁴²⁷. Ciò conferma che il ruolo dei giudici è cruciale⁴²⁸.

Nell'insieme, il risultato dell'indagine è che molte diversità tra gli ordinamenti nazionali persistono, non sono eliminate. A volte nuove diversità si aggiungono a quelle preesistenti. Tuttavia, esse non sono le uniche a connotare i diritti amministrativi del nostro tempo. Quasi ogni differenza di natura enfatizzata in sede teorica tende a sfumare nella differenza di grado allorché l'analisi si sposta dalle teorie ai fatti. Contrariamente all'assunto dell'irriducibile diversità dei criteri generali cui i pubblici poteri devono attenersi, il diritto della responsabilità pubblica è contraddistinto, oltre che istituti particolari riconducibili a una determinata tradizione nazionale, dall'esistenza di alcuni principi generali condivisi rispetto ai quali l'azione degli amministratori pubblici è valutata. Inoltre, sempre più spesso, la loro azione è valutata dalle istituzioni sovranazionali. Queste ultime fondano le

⁴²⁷ D. LOCHAK, *La justice administrative*, cit., p. 122; T. HEUKELS – J. TIB, *Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies: Convergence and Divergence*, in P. BEAUMONT – C. LYONS – N. WALKER (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart, 2002, p. 111.

⁴²⁸ P. GONOD, *Les tendances contemporaines de la responsabilité administrative*, cit., p. 721.

proprie valutazioni su quei principi generali, accentuandone ulteriormente il rilievo giuridico. Può ben dirsi, quindi, che quei principi generali costituiscono una base comune, rispetto ai quali le eccezioni hanno un ambito limitato e richiedono adeguate giustificazioni⁴²⁹.

⁴²⁹ J. BELL, *La responsabilità del governo: alcune riflessioni comparate*, cit., pp. 27 e 49; W. VAN GERVEN, *The Emergence of a Common European Law in the Area of Tort Law: the EU Contribution*, cit., pp. 127 e 147.



CAPITOLO 6

UNA VISIONE D'INSIEME

Le riflessioni abbozzate nei capitoli precedenti riguardano le inferenze che possono trarsi dalle prime due linee di ricerca già concluse. L'andar oltre implicherebbe un'analisi empirica che, per ciascun ambito, accerti l'esistenza di precise risultanze relativamente ai tratti comuni e distintivi tra i diritti amministrativi, allineando i vari giudizi di risultato parziale al fine di comporre un giudizio di risultato complessivo. Si potrà cercare di farlo soltanto in una fase successiva.

Con questa avvertenza, una prima esplorazione dei nessi più significativi tra la comparazione diacronica e quella sincronica, un'analisi incrociata dei dati e delle tendenze che emergono, può essere di qualche interesse. Va affrontata la questione prospettata all'inizio, riguardante le idee ricevute che ostacolano la comprensione di quanto di nuovo e di originale vi è nell'attuale fase del diritto in Europa. Tale questione va tenuta distinta, in sede analitica, dall'altra questione cui pure è connessa, che riguarda l'effettiva possibilità d'individuare un nucleo comune dei diritti amministrativi. A questo riguardo, occorre considerare vari scenari di teoria, tenendo conto del passare del tempo⁴³⁰ e della maggiore estensione dell'ambito

⁴³⁰ F. BIGNAMI, *From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, in *Am. J. Comp. L.* (59), 2011, p. 859.

della comparazione rispetto agli ordinamenti considerati nella fase meno recente della riflessione giuridica. Infine, guardando al prosieguo della ricerca, va saggiata l'utilizzabilità del concetto di procedimento rispetto ad altre forme di azione.

6.1. *Il diritto pubblico, enclave nazionale?*

Il quesito – la congettura – a cui allude il titolo di questo saggio è complesso, perché richiede una profonda revisione di un'impostazione consolidata, tradizionale: quella secondo cui la storia del diritto amministrativo si fonda su uno scontro di sistemi imperniati su assetti istituzionali, e prima ancora su basi culturali, irriducibilmente diversi.

Al fondo di questa impostazione, prima ancora dei contributi di Dicey e Hauriou e degli studiosi successivi, vi è un'opera giustamente famosa, per l'influenza che ebbe tra i contemporanei e sul successivo corso degli studi giuridici: il *Sistema del diritto romano attuale* di Friedrich Carl von Savigny⁴³¹. Le ragioni della sua fama sono state indicate con inequagliata chiarezza da Riccardo Orestano, secondo cui si deve a Savigny e in generale alla scuola storica tedesca il merito di «aver spostato il fulcro della speculazione giuridica dall'accertamento astratto di postulati razionali alla concreta indagine della realtà storica criticamente accertata»⁴³². Le concrete, storiche, manifestazioni

⁴³¹ F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1949), tr. it. di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Utet, 1886-1900.

⁴³² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 206.

dell'ordinamento erano quindi al centro dell'indagine giuridica.

Movendo da questo punto di metodo, nelle pagine iniziali del *Sistema*, Savigny affermò che «solo il diritto privato romano, non il diritto pubblico, deve essere da noi trattato, quello dunque che i romani chiamavano *jus civile* [perché]... solo il diritto privato dei romani è diventato parte del nostro diritto attuale»⁴³³. La ragione atteneva alla diversa valenza delle due principali aree del diritto. Mentre il diritto privato fondato sulla tradizione romana era ritenuto universale, il diritto pubblico era eminentemente «politico», si sviluppava entro i confini dello Stato, era una sorta di *enclave* nazionale⁴³⁴.

Su questa netta distinzione, secondo Orestano, influì la tendenza che ha a lungo segnato la storia del diritto in Europa, ossia il «minor interesse che in genere si ebbe per gli istituti pubblicistici romani ... sin dalla Scuola di Bologna»⁴³⁵. Questa constatazione potrebbe saldarsi con un'osservazione comune a Hauriou e Cammeo, vale a dire che l'eredità romanistica ebbe, per il diritto amministrativo, una rilevanza del tutto diversa rispetto al diritto privato, costituì al più una fonte d'ispirazione⁴³⁶. Si tratta di un quesito

⁴³³ F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., p. 12 La tesi della particolarità delle istituzioni giuridiche è stata esposta con ben altra compiutezza da G.B. VICO, *Principi di scienza nuova* (1734) a cura di P. Rossi, Milano, Rizzoli, 1977, libro IV, cap. 3 ("i governi debbono essere conformi agli uomini governati").

⁴³⁴ A. PLANTEY, *Prospective de l'État*, Paris, Ed. du CNRS, 1975, p. 198; R. CARANTA, *Lo stato della comparazione nel diritto amministrativo in Italia*, in *Ius Publicum Network*, 2011, p. 2.

⁴³⁵ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 29; R. DAVID, *Le droit anglais*, cit., p. 8.

⁴³⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., p. 333; F. CAMMEO, *The Present Value of Comparative Jurisprudence*, in *Am. Bar Assoc.*

di grande spessore teorico, di notevole portata, che richiede ulteriori approfondimenti. Su di esso occorre sospendere il giudizio.

Un giudizio può – invece – essere espresso sul grado in cui il pensiero di Savigny rispecchiava la realtà dei principi e degli istituti riguardanti il diritto pubblico. È un quesito interessante in sé e per le implicazioni che ne derivano rispetto al tema centrale di questo saggio. Un'indicazione utile, in questa direzione, viene da un'altra osservazione di Orestano, secondo cui alla base della sistematica di Savigny vi fu soprattutto un assunto: si tratta della concezione del diritto «come prodotto del *Volksgeist* (spirito del popolo), vivente e operante in tutti coloro che appartengono a un medesimo popolo, ad una medesima nazione»⁴³⁷. Ci si può chiedere se questa indicazione si saldi davvero con l'impostazione metodologica delineata da Savigny, se davvero a quell'epoca il diritto pubblico si configurasse come un'*enclave* nazionale.

J. (4), 1918, p. 651. In senso conforme, O. MAYER, *Droit administratif allemand*, cit., p. 25; A. MESTRE, *Droit administratif*, in *Cambridge L. J.* (3), 1929, p. 358. In senso contrario, S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (58), 2010, p. 394. Ha espresso perplessità sulla rilevanza del diritto romano rispetto alle organizzazioni amministrative modern M. WEBER, *Parlamento e governo*, cit., p. 26.

⁴³⁷ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 207; J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, cit., p. 400; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenslehre im 19 Jahrhundert* (1958), tr. it. a cura di P.L. Lucchini, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 31. Per una critica della filosofia idealistica, soprattutto nella versione hegeliana, F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1965, 2° ed., p. 31. Per l'osservazione che nessun problema storico è mai chiuso, F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, cit., p. 16.

Ciò pone anzitutto una questione di metodo, relativa allo studio del diritto.

Si può mutuare da Orestano (e da Capograssi) anche il concetto di «esperienza giuridica»⁴³⁸. Il punto da cui muovere è l'insufficienza dell'approccio di tipo dogmatico e di quello basato sulla legge. Per chi indaghi il diritto, la conoscenza della cornice normativa, se è importante, non è sufficiente. Essa non è risolutiva per chi voglia comprendere il funzionamento dei congegni e dei meccanismi che denotano un ordinamento giuridico, colti nella loro effettività. L'effettività dipende in ultima istanza dai comportamenti, dalle prassi, dalla giurisprudenza, dalla cultura. Norme e scienza del diritto costituiscono, insieme con la giurisprudenza, l'esperienza giuridica. La nozione di esperienza giuridica è quella che meglio permette di cogliere i nessi tra queste tre fondamentali componenti dell'ordinamento, di vedere come si instaurino e si snodino le relazioni cui danno vita le persone e le istituzioni, di dare il giusto rilievo alle prassi consolidate – così importanti per le amministrazioni – e agli usi.

Queste proposizioni generali hanno un'importanza speciale per il diritto amministrativo, per la sua evoluzione. Pur se nessuno ha sostenuto l'irrilevanza delle norme positive, non si può trascurare il ruolo fondamentale che la giurisprudenza ha avuto e tuttora ha per il diritto amministrativo. È un ruolo che è riduttivo definire «pretorio». La giurisprudenza ha elaborato e sviluppato le strutture portanti del diritto amministrativo. Nel far ciò, ha senz'altro interagito

⁴³⁸ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 359.

con il legislatore, ma su basi assai diverse rispetto al diritto privato, le cui strutture in Europa risalgono ai codici, tranne nel caso inglese.

Ha interagito anche con la dottrina. Questa non si è limitata a seguire l'evoluzione della giurisprudenza, se del caso criticandola. Le ha dato forma e sistematicità, soprattutto nei due ordinamenti che, tra Otto e Novecento, hanno rappresentato i principali punti di riferimento per i giuristi dell'Europa continentale, ossia quello francese e quello austriaco⁴³⁹. Se l'opera di Laferrière fu quella di un protagonista del più potente giudice amministrativo d'Europa, che si sforzò di conciliare le prerogative dell'amministrazione con i diritti dei singoli, l'opera di Tezner diede alla giurisprudenza un ordito sistematico⁴⁴⁰, rafforzò l'ancoraggio alla buona amministrazione e allo Stato di diritto, fu feconda di sviluppi ulteriori, in sede legislativa. Entrambe confermano l'osservazione di Schmitt secondo cui la scienza giuridica, nella tradizione europea, non è solo saggezza pratica o unicamente tecnica⁴⁴¹. Soprattutto confermano l'assunto più volte ribadito da Orlando secondo cui la legge rientra nel sistema generale del diritto e, quindi, lo presuppone⁴⁴².

⁴³⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, 2° ed., p. 15.

⁴⁴⁰ Il riferimento è a F. TEZNER, *Das österreichische Administrativverfahren, dargestellt auf Grund der verwaltungsrechtlichen Praxis, Mit einer Einleitung über seine Beziehung zum Rechtsproblem*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1922. Questo studio è poi confluito nella trattazione generale, articolata in quattro volumi, pubblicata nel 1925.

⁴⁴¹ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, cit., p. 71.

⁴⁴² V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbèra, 1910, 4° ed., p. 15.

Attenendoci all'insegnamento che, sulla scia di Gorla, vede nella storia e nella comparazione un binomio indissolubile e facendo tesoro dell'orientamento più avanzato all'interno degli specialisti della comparazione giuridica, cui si è attinto nel definire la metodologia più appropriata per una ricerca sul nucleo comune dei diritti in Europa, ben si comprende la necessità di mettere in discussione la concezione del diritto pubblico come *enclave* nazionale.

Nei cinquant'anni precedenti alla pubblicazione del *Sistema* di Savigny, la Rivoluzione francese aveva comportato una trasformazione in tutta l'Europa, prima di tutto linguistica, perché ancorata ai diritti, secondo la raffinata ricostruzione suggerita da Eduardo Garcia de Enterría, sviluppando la constatazione effettuata da George Jellinek e da molti altri nel corso dell'Ottocento⁴⁴³. Lo si vede nella Costituzione di Cadice del 1812. Dal canto suo, la costituzione «storica» inglese era stata presa a modello dagli autori della Costituzione siciliana, sempre nel 1812⁴⁴⁴. Aveva costituito il principale – non l'unico – modello per la Costituzione belga del 1831, come lo stesso Dicey non esitò a riconoscere.

Alla Costituzione belga, si è visto, si ispirarono i sostenitori della legge che abolì il contenzioso amministrativo nell'Italia del 1865. Al contrario, in Belgio e in Italia l'assetto dell'amministrazione centrale e

⁴⁴³ E. GARCIA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, cit., p. 37; G. JELLINEK, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, Paris, Fontemoing, 1902, p. 3.

⁴⁴⁴ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 96.

l'ordinamento degli enti locali si basarono sul modello francese⁴⁴⁵.

Un quarto di secolo più tardi, anche Spaventa e Crispi trassero spunto dall'esperienza francese, oltre che da quella tedesca e austriaca, nel proporre l'istituzione di una corte per l'amministrazione pubblica. Più tardi, la Costituzione prussiana fu riguardata come un modello dai riformatori giapponesi di fine Ottocento⁴⁴⁶.

Va da sé che non si può imputare a Savigny la mancata conoscenza di quanto accadde dopo il 1861, né dei fenomeni di imitazione e di trapianto che contraddistinsero il diritto pubblico⁴⁴⁷. È altresì opportu-

⁴⁴⁵ G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia: profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, il Mulino, 1981, p. 11; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, cit., p. 24. Il modello napoleonico influì anche sulla Spagna, malgrado il conflitto politico: J.P. LUIS, *L'influence du modèle napoléonien en Espagne (1815-1845)*, in *Ann. hist. Rév. fr.* (2), 2004, p. 199.

⁴⁴⁶ S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, cit., p. 9. L'A. ha richiamato la tesi esposta, nel cuore dell'Ottocento, da Emerico Amari, secondo cui la civiltà è «dativa», non «nativa»: *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, cit., p. 679. In senso conforme, E. SMITH, *Give and Take: Cross-fertilization of Concepts in Constitutional Law*, in J. BEATSON – T. TRIDIMAS (eds.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, p. 101.

⁴⁴⁷ La tesi della prevalenza dei trapianti è stata avanzata da A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Constitutional Law*, Athens, University of Georgia Press, 1993, 2° ed.; è stata contrastata da O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. L. Rev.* (37), 1974, p. 1. Nel periodo più recente, vari studi hanno approfondito tali fenomeni: M. HOROWITZ, *Constitutional Transplants*, in *Theor. Enq. L.* (10), 2009, p. 536; N. TEBBE – R.L. TSAI, *Constitutional Borrowing*, in *Mich. L. Rev.* (108), 2010, p. 459; S. CHOUDRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

na molta prudenza nel valutare i tentativi di trapianto di un istituto giuridico da sistema amministrativo a un altro, per via dell'elevato rischio di rigetto, oltre che della possibilità che l'istituto dia esiti ben diversi rispetto a quelli attesi. Detto ciò, nel nucleo centrale della tesi che relegava il diritto pubblico al *milieu* nazionale si può intravedere – come lo stesso Orestano non mancò di segnalare, sulla scia di Benedetto Croce – l'influenza delle «dottrine e dei movimenti spirituali che arroventarono gli animi nel secolo XIX», segnatamente la reazione alla Rivoluzione francese e all'universalismo dei diritti⁴⁴⁸. È un'interpretazione avvalorata da altri studi di storia del diritto, i quali attestano che la valenza prescrittiva aveva preso il sopravvento sulla descrizione dei fenomeni e delle tendenze in atto, sullo sforzo teso a comprendere il reale, impedendo di comprendere che al centro del diritto pubblico non vi era più la giustificazione del potere pubblico, bensì la sua limitazione⁴⁴⁹.

6.2. *Il mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*

Alla luce di quanto si è appena osservato, è più agevole sottoporre a un rigoroso vaglio critico l'idea secondo cui alla base del diritto amministrativo vi è una contrapposizione, un divario, tra il modello fran-

⁴⁴⁸ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., p. 205. Il riferimento a CROCE concerne il saggio *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907), Milano, Giuffrè, 2016, p. 56.

⁴⁴⁹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 40. Per una critica dell'impostazione culturale messa in discussione nel testo, A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 12.

cese e quello inglese. Essa costituisce un paradigma, nel senso che all'espressione è dato nella moderna letteratura scientifica. È, cioè, un costruito intellettuale condiviso da una comunità epistemica e perciò assume un rilievo sul piano sociologico. All'interno del paradigma, alcuni problemi sono riconosciuti come tali e ne viene data una spiegazione più o meno convincente, altri sono trascurati⁴⁵⁰, finché una nuova teoria riesce a includerli, in ciò risultando preferibile.

Nel nostro caso, l'adeguatezza dell'impostazione culturale tradizionale è discutibile nella sua variante meno recente e in quella attuale. La prima, risalente all'Ottocento, ha avuto un'influenza duratura nella dottrina per buona parte del secolo successivo. Essa, si è visto, si fonda su un assunto: lo scontro tra due opposti sistemi di regolazione dell'amministrazione pubblica. La sua adeguatezza va verificata sul piano della corrispondenza tra l'ordine degli eventi reali, cioè i fatti rilevanti per il diritto, e l'ordine delle rappresentazioni teoriche di quegli eventi, cioè il convincimento dell'esistenza di un'amministrazione senza diritto amministrativo.

Nel periodo più recente, forse anche in conseguenza dell'apporto di nuove teorie generali della conoscenza, il fulcro dell'analisi è stato spostato dai fatti alle interpretazioni. Prima ancora della diversità delle istituzioni giuridiche, è sottolineata l'esisten-

⁴⁵⁰ Per quest'ordine di concetti, T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolution* (1962), Chicago, University of Chicago Press, 2006, 4° ed. Sull'applicabilità dei paradigmi all'interno della riflessione giuridica, M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, cit., p. 42. Quanto alla scienza dell'amministrazione, J.P. DOBEL, *Paradigms, Traditions, and Keeping the Faith*, in *Public Adm. Review* (61), 2001, p. 166, ne individua un esempio nel '*New Public Management*'.

za di *mentalités* non semplicemente diverse, bensì incommensurabili⁴⁵¹. Tali *mentalités* si manifestano, oltre che nei concetti teorici di cui i giuristi si servono, nella lingua in cui i concetti e le regole operative sono espressi. Le interazioni fra questi elementi sono effettivamente così strette da sconsigliare di separarli. Ma questa linea di ragionamento ha contribuito a diffondere una *conventional wisdom* che in qualche modo fa opinione, secondo cui la comparazione in senso proprio è possibile soltanto all'interno della medesima cultura o tradizione, per esempio tra i Paesi di ceppo inglese, non ha senso al di fuori di tali confini. La sua adeguatezza va sottoposta a verifica, prima di tutto, sul piano epistemologico.

I presupposti della tesi meno recente sono in Dicey, Hauriou e Romano, gli svolgimenti in Massimo Severo Giannini, in Rivero e in David. Di Dicey si è già detto che prospettò una ricostruzione tutt'altro che accurata sul piano della descrizione degli istituti giuridici e degli accadimenti rilevanti per il diritto, e lo fece con intenti prescrittivi, ma la confezionò con una tale organicità e facendo ricorso a temi condivisi nella cultura del suo tempo che essa divenne *jus receptum*, una sorta di surrogato per l'assenza d'una costituzione scritta⁴⁵². Su Hauriou, che Carl Schmitt definì il maestro dei giuspubblicisti tra Otto e Novecento⁴⁵³, il discorso è diverso. Egli prese per buona

⁴⁵¹ P. LEGRAND, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1999, p. 62; *European Legal Systems are not Converging*, in *Am. J. Comp. L.* (45), 1998, p. 90.

⁴⁵² C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., p. 751; D. OLIVER – J. JOWELL, *Preface to the third Edition*, in ID. (eds.) *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 3° ed., p.v.

⁴⁵³ C. SCHMITT, *Das Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publi-*

la ricostruzione prospettata da Dicey. Ritenne che vi fossero Paesi con amministrazioni sviluppate ma senza diritto amministrativo, cioè privi di un *régime administratif*⁴⁵⁴, in una sorta di gioco di specchi contrapposti⁴⁵⁵. A sua volta, Romano condivideva con Hauriou l'interesse per un'analisi di tipo dogmatico. Al pari di Hauriou, aveva del diritto amministrativo una visione ampia, ma non onnicomprensiva. Il criterio principale per discernerne l'esistenza fu quello del *régime administratif*. L'ordinamento inglese diede loro l'occasione per applicare questo criterio, più che altro in sede teorica, nel senso che se non si riscontrava un'applicazione di quel criterio non vi era, non poteva esservi, un diritto amministrativo in senso proprio⁴⁵⁶.

Ben diverso fu l'approccio di Giannini, che pure si situa all'interno di quella scuola di pensiero. Nel-

cum Europaeum (1950), tr. it. a cura di F. Volpi, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Milano, Adelphi, 1991, p. 265.

⁴⁵⁴ *Supra*, capitolo 1, § 2. Per l'impostazione tradizionale, J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, cit., p. 17. Nella dottrina attuale, all'espressione è dato un diverso contenuto: per esempio, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., p. 24, e J. CHEVALLIER, *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel*, in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 11, vi includono la giurisdizione del giudice amministrativo. Per una critica del concetto di *régime administratif*, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Roma, Bulzoni, 1950, p. 48, secondo cui si trattava di una «espressione di barocchismo concettuale».

⁴⁵⁵ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 10.

⁴⁵⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, 2° ed., p. 9; *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 433; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, 8° ed., I, p. 38.

lo scritto degli anni Trenta che tuttora costituisce il punto di riferimento per molte analisi retrospettive sull'evoluzione della scienza del diritto amministrativo, egli non si limitò a riprendere l'esempio inglese nei termini in cui l'avevano fatto i suoi predecessori, cioè a esporre un ragionamento in tesi. Affermò che, in fatto, l'amministrazione inglese «agiva e in parte ancora agisce secondo norme di diritto comune o di diritto privato speciale», cercando di ridurre o di eliminare il potere discrezionale connesso all'esercizio delle funzioni pubbliche⁴⁵⁷. Un'attenta lettura di quel saggio dimostra che Giannini sorvolò sugli istituti giuridici, sulla loro evoluzione. Diede rilievo unicamente ai resoconti della dottrina. Sfuggì così a Giannini l'elemento precipuo, che segna il diritto amministrativo inglese nei decenni a cavallo tra i due secoli e tra le due guerre: l'impetuoso e disordinato sviluppo dei poteri autoritativi esercitati dalle pubbliche amministrazioni aveva richiesto l'elaborazione di standard di controllo nuovi e specifici. In questo cruciale aspetto del *modus operandi* del nuovo Stato amministrativo, la sua analisi restò inficiata dal fondamentale errore di valutazione circa la capacità di adeguamento del sistema che Dicey aveva descritto mezzo secolo prima.

Non fu certamente il solo a commettere questo errore. Anche Rivero, nella prima edizione del suo fortunato manuale di diritto amministrativo, seguì

⁴⁵⁷ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 188 e 201 (secondo cui «nei paesi anglosassoni ... ancor oggi ... non esiste un diritto amministrativo»). Significativo il dissenso di S. Romano, *Prime pagine di un manuale*, cit., p. 433 e di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 39 rispetto a Giannini, che aveva «creduto di leggere» nelle sue pagine un'assimilazione del diritto comune al diritto privato.

l'impostazione tradizionale. Diversamente da Giannini, sottolineò che la principale questione relativa alla pubblica amministrazione è se essa sia o meno sottoposta al diritto⁴⁵⁸. Ma, al pari di Giannini, ribadì l'ulteriore distinzione a seconda che lo statuto giuridico dell'amministrazione fosse imperniato sul diritto comune anche agli operatori privati o presentasse un carattere derogatorio, esorbitante rispetto al diritto comune⁴⁵⁹.

Negli stessi anni, quest'ordine di idee fu condiviso da David. Per inciso, mentre le opere degli altri due studiosi erano incentrate sul diritto amministrativo, i riferimenti di David al diritto pubblico in generale erano rarissimi. Tra di essi vi era, non a caso nel capitolo dedicato al diritto costituzionale all'interno di una trattazione del diritto inglese, l'affermazione che nel linguaggio giuridico inglese non trovavano spazio né lo Stato, né l'amministrazione⁴⁶⁰. Da questa premessa discendeva l'affermazione dell'inesistenza del diritto amministrativo⁴⁶¹. Peraltro, David non era uno specialista del diritto pubblico. Egli ritenne di poter trovare nella collaudata teoria della contrapposizione la conferma della sua costruzione concettuale secondo cui gli ordinamenti giuridici del mondo occidentale si dividevano in due grandi «famiglie»⁴⁶². Quanto a Rivero, rispetto all'impostazione tradizionale, vi era la condivisione della differenza sul piano logico, ma essa era spostata nel tempo stori-

⁴⁵⁸ J. RIVERO, *Droit administratif*, cit., p. 12.

⁴⁵⁹ J. RIVERO, *Droit administratif*, cit., p. 14.

⁴⁶⁰ R. DAVID, *Le droit anglais*, cit., p. 90.

⁴⁶¹ R. DAVID, *Le droit anglais*, cit., p. 92.

⁴⁶² R. DAVID, *Les grand systèmes de droit contemporains (droit comparé)*, Paris, Dalloz, 1964.

co, com'è evidente dal riferimento all'opera di Dicey. Inoltre, in vari scritti successivi, mostrò consapevolezza del mutar di natura degli istituti giuridici inglesi, in rapporto alle svariate funzioni assunte dai pubblici poteri e al mutamento complessivo del loro regime giuridico.

Giannini, invece, restò fedele a quell'impostazione. Ritenne di poterne trovare una conferma nel manuale di Wade⁴⁶³. Ignorò altri contributi. Soprattutto, ignorò i punti di debolezza che lo stesso Wade e vari altri studiosi avevano individuato nelle istituzioni giuridiche del loro tempo. Può essere di qualche utilità riassumerli brevemente. Da un lato, i tradizionali rimedi giurisdizionali si mostravano sempre meno adatti ad assicurare la protezione degli interessi individuali e collettivi nei confronti dell'amministrazione che agiva come autorità. Dall'altro lato, secondo Wade, la circostanza che l'edificio del *Welfare State* fosse ormai in buona parte realizzato imponeva un ripensamento delle anguste basi su cui il diritto amministrativo era stato concepito⁴⁶⁴.

Giannini, se fu consapevole di tutto ciò, non parve dargli rilievo. Restò legato all'idea che non solo il diritto amministrativo inglese appartenesse a un altro modello, ma fosse anche più semplice e più efficiente. Ancora negli anni Ottanta, ribadì che solo gli Stati dell'Europa continentale erano retti da una norma-

⁴⁶³ M.S. GIANNINI, *Prefazione a W. WADE, Diritto amministrativo inglese*, cit., p. V.

⁴⁶⁴ W. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 9, di cui è da notare anche il dissenso (p. 4) rispetto alla tesi di Lord Reid secondo cui non vi era bisogno di un sistema sviluppato di diritto amministrativo: «la verità è invece che ne abbiamo un acuto bisogno, da un secolo».

zione di diritto amministrativo⁴⁶⁵. Non sfuggì a Giannini – al Giannini scrittore, quantomeno – soltanto il mutamento intervenuto nel diritto amministrativo inglese. Gli sfuggirono, anche la portata e il significato storico della codificazione del procedimento amministrativo realizzata negli USA poco dopo la fine della seconda guerra mondiale. In essa vide niente di più che il rafforzamento del diritto amministrativo inteso, riduttivamente, «come diritto speciale delle procedure giudiziarie e quasi giudiziarie nei confronti delle amministrazioni pubbliche»⁴⁶⁶. In realtà, la legge sul procedimento, nell'interpretazione datane dalle corti, ha mutato la fisionomia dell'ordinamento⁴⁶⁷.

Si è indugiato sul pensiero di Giannini e Rivero, oltre che per l'intrinseco valore analitico di tanti loro contributi, per l'importante lascito nella cultura giuridica europea, al di là del *milieu* nazionale. Naturalmente, in punto di teoria generale, possono immaginarsi – sono esistiti in passato – ordinamenti in cui gli apparati incaricati di adempiere funzioni amministrative basilari, dalla riscossione delle imposte alla tutela dell'ordine pubblico, hanno un rilievo giuridico autonomo rispetto agli organi costituzionali, ma svolgono tali funzioni nel quadro delle regole valide per tutti gli operatori, pubblici e privati. Anche in un mondo idealmente governato da regole generali, peraltro, possono esservi criteri applicativi speciali per

⁴⁶⁵ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 8-9; *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, 2° ed., p. 17.

⁴⁶⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit, p. 22.

⁴⁶⁷ R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.* (88), 1975, p. 1667.

gli apparati pubblici⁴⁶⁸. Criteri di questo tipo esistevano già nell'Inghilterra vittoriana, sono diventati ancor più evidenti e pregnanti in seguito, connotando le modalità di esercizio del potere da parte delle autorità pubbliche in senso più garantista per i terzi⁴⁶⁹.

Nelle circostanze storiche e negli ordinamenti considerati, dunque, non ha trovato conferma la proposizione secondo cui in Europa vi è stato un divario tra due tipi di ordinamenti, a diritto amministrativo o retti da norme di diritto comune. Sottolinearlo serve a far comprendere fino a quale punto l'analisi giuridica, se si discosta dalla rigorosa rilevazione dei fatti rilevanti per il diritto, rischi di dare luogo a mitologie, nel senso indicato da Santi Romano⁴⁷⁰. Serve soprattutto a spiegare perché non ci si possa accontentare di una variazione al margine, come avverrebbe se ci si limitasse a dire che la tradizionale visione dei diritti amministrativi va rettificata in un aspetto essenziale, l'esistenza di tre principali modelli, anziché di soli due⁴⁷¹, senza che ciò ne infici del tutto il valore.

Le risultanze dell'analisi storica e comparata non confortano una siffatta conclusione, tutto sommato

⁴⁶⁸ J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, cit., p. 169; *L'histoire du droit administratif*, cit., I, p. 9, secondo cui in Francia regole apposite, incentrate sull'utilità pubblica e sulla necessità pubblica, esistevano fin dal Medio Evo.

⁴⁶⁹ D. OLIVER, *Common Values and the Public-Private Divide*, London, Butterworths, 1999, p. 27; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento*, cit., p. 290.

⁴⁷⁰ S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 121. Per l'osservazione che Giannini mosse da «una visione mitologica dei pregi del giudice inglese», M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 80.

⁴⁷¹ In tal senso, D. LOCHAK, *La justice administrative*, cit., p. 35; M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, cit., p. 14.

rassicurante riguardo all'accuratezza dell'impostazione tradizionale. Suggestiscono una ricostruzione alternativa. Prima di esporla, va sottoposta a un rigoroso vaglio critico anche la variante più recente del filone di pensiero che enfatizza l'alterità dei diritti amministrativi.

6.3. *Due culture dell'amministrazione*

La variante recente dell'impostazione culturale criticata ha preso atto dell'esistenza del diritto amministrativo, non solo negli USA, ma anche in Inghilterra⁴⁷². Ma il presupposto da cui essa muove, a volte appena accennato se non addirittura tacito, è che l'ostacolo principale, tutt'altro che influente su quelli appena evocati, a un raffronto tra i sistemi amministrativi dei vari Paesi europei sia di tipo culturale. Movendo da questo presupposto, l'unico ambito in cui la comparazione giuridica può avere senso e significato è quello in cui vi è una sufficiente affinità, in senso non tanto geografico, quanto culturale⁴⁷³. Il tradizionale confronto tra il diritto pubblico inglese

⁴⁷² B. SCHWARTZ – H.W.R. WADE, *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*, Oxford, Clarendon, 1972.

⁴⁷³ Per quest'ordine di concetti, G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo* (1973), in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 620. La tesi che ricollega l'esistenza di diverse *mentalités* ai costrutti linguistici è esposta da P. LEGRAND, *Le droit comparé*, cit., p. 3. Per la sua confutazione, H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law* (2010), tr. it. a cura di S. Ferlito, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 92; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2019, 2° ed., p. 73.

e nordamericano⁴⁷⁴ può quindi al più essere esteso a qualche altro ordinamento, come l'Australia e la Nuova Zelanda⁴⁷⁵.

Se il problema è culturale, ci si può chiedere se la valutazione della diversità possa essere effettuata soltanto da coloro i quali si collocano all'interno d'una determinata cultura, con la conseguenza che la tesi non possa essere falsificata. Ma l'obiezione principale a questa lettura, superficialmente attraente, concerne il piano epistemologico sotto un altro profilo. Si può convenire che i fatti non hanno un significato univoco, possono averne diversi a seconda dell'angolo visuale da cui sono riguardati, delle connessioni che sono stabilite con altri fatti. Ma essi hanno pur sempre un'esistenza indipendente dalle percezioni dei fatti stessi: trascurare questa fondamentale differenza comporta un'indebita inversione dell'analisi⁴⁷⁶. Dai fatti, quindi, non si può, non si deve prescindere.

⁴⁷⁴ A.V. DICEY, *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, London, McMillan, 1915, 2° ed.

⁴⁷⁵ P. CANE, *Controlling Administrative Power: An Historical Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016. Per una persuasiva critica P. CRAIG, *Comparative Administrative Law and Political Structure*, cit., p. 949. Per la rilevazione d'importanti differenze nella disciplina dei diritti umani, D. ZARTNER, *The (un)common law: legal traditions and the diverging policies of the USA and Australia toward international human rights law*, in *Int. Pol. Sc. Rev.* (34), 2013, p. 411.

⁴⁷⁶ R. SEARLE, *Seeing Things as They Are. A Theory of Perception*, Oxford, Oxford University Press, 2015 argomenta che l'esperienza percettiva va distinta dall'oggetto della percezione. Sul rilievo dei fatti, nell'ottica giuridica, F. BELLIVIER, *Qu'est-ce qu'un fait en droit?*, in G. LECOINTRE – S. PROUST (sous la direction de), *Le fait en question*, Paris, L'aube, 2019, p. 70.

Una seconda obiezione è stata mossa sul piano propriamente giuridico, in un'ottica generale. Se non nell'intento, quanto meno nel risultato, l'argomento che circoscrive l'ambito della comparazione ad aree culturalmente assai affini da sempre è un argomento rivolto al passato, sul quale il presente è – per dir così – schiacciato⁴⁷⁷. Se ne è vista una significativa manifestazione nel modo anacronistico con cui Dicey considerava non il *droit administratif* del suo tempo, ma quello antecedente al 1872, nella lettura datane da Tocqueville. Allo stesso modo, Giannini e Rivero seguitarono ad attenersi alla rappresentazione teorica elaborata da Dicey tre quarti di secolo prima. Se quest'ultimo aveva errato nell'escludere che le varie culture europee del diritto pubblico potessero comunicare tra loro, a maggior ragione una scienza giuridica attenta al reale deve prendere atto che le culture sono comunicabili, e comunicano tra loro, come d'altronde è tipico della storia europea⁴⁷⁸.

Non bisogna dimenticare, però, che su ogni tentativo di ascrivere un significato ai fatti influiscono le condizioni iniziali, i giudizi di valore, la cultura generale. Nel nostro caso, ha avuto un duraturo influsso il convincimento d'una diversa «essenza» delle istitu-

⁴⁷⁷ H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., p. 94; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 2; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 99, che ritiene sconsigliabile la comparazione tra ordinamenti omogenei. Sulle ragioni che possono indurre a scegliere l'ambito *most different* o *least different*, M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, cit., p. 7.

⁴⁷⁸ H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., p. 95; A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., p. 12.

zioni giuridiche. Queste non possono essere adeguatamente comprese senza tener conto di tutto il resto, segnatamente della cultura giuridica e del contesto in cui essa evolve. In breve, il contesto e le idee contano e hanno conseguenze⁴⁷⁹. Il passo successivo, quindi, non è dimostrare che sia errato o inutile limitare la comparazione ai diritti amministrativi ai Paesi di ceppo inglese o ad altre aree culturalmente affini, come l'Europa meridionale⁴⁸⁰ o l'America latina⁴⁸¹. Si tratta semplicemente di andar oltre questa impostazione, cercando di fornire una spiegazione più soddisfacente sotto due profili connessi ma distinti: esaminando una serie di realtà rilevanti per il diritto, che essa rinuncia a spiegare, ricercando un diverso equilibrio tra comunanza e diversità.

Forse è una risposta meno suggestiva sul piano epistemologico, ma è più consona alla scelta di muovere da un'analisi empirica per saggiare il realismo delle ipotesi di partenza e dare nerbo alle conclusioni. I dati normativi e di fatto mostrano che nel corso del Novecento, anche a seguito delle mutate basi costituzionali, in ogni parte dell'Europa gli Stati hanno sopravanzato i loro predecessori nella funzione amministrativa. Essa si esplica nell'adozione di regole e nell'emanazione di provvedimenti individuali, da cui può dipendere l'acquisizione di status, l'accesso ai mezzi di sussistenza o la possibilità di

⁴⁷⁹ R.M. WEAVER, *Ideas Have Consequences*, Chicago, University of Chicago Press, 1947.

⁴⁸⁰ A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 203.

⁴⁸¹ N.D.S. BRUMM, *Divergent Models of Public Law in Latin America: A Historical and Prescriptive Analysis*, in *Univ. Miami Inter-American L. Rev.* (24), 1992, p. 1.

esercitare diritti⁴⁸². Si esplica, inoltre, nell'erogazione di beni – primo tra tutti il denaro – e servizi di vario tipo, dall'istruzione alle pensioni. Il perimetro di tali attività è mutevole e dal loro svolgimento possono derivare, sovente derivano, risultati di segno diverso⁴⁸³. Persistono importanti differenze nel modo d'intendere la schematica della separazione dei poteri. Ma l'esistenza del diritto amministrativo è assodata ovunque⁴⁸⁴, nei regimi politici considerati. Soprattutto, al pari della variante meno recente della tesi della contrapposizione, la variante più recente non coglie il punto essenziale, ossia che la pubblica amministrazione è assoggettata al diritto, vi è un giudice dell'amministrazione – pur se all'interno di un variabile assetto istituzionale – e i principi da esso elaborati sono in buona parte comuni. Lo si è visto relativamente alla responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

Un altro esempio concerne il *due process of law*. Il diritto amministrativo inglese fornisce un ideale pun-

⁴⁸² R.B. STEWART, *Administrative Law in the Twenty-first Century*, in *N.Y.U. L. Rev.* (78), 2003, p. 438; S. ROSE-ACKERMAN, *Regulation and Public Law in Comparative Perspective*, in *U. of Toronto L.J.* (60), 2010, p. 519. Sull'importanza dei meccanismi previsti dalle costituzioni moderne per mantenere un certo tipo di equilibrio sociale, C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 83.

⁴⁸³ Lo constatano gli studi recenti e meno recenti: J. RIVERO, *Cours de droit administratif*, cit., p. 15; E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 180; J. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1261; S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, cit., p. 13; M. TAGGART (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997.

⁴⁸⁴ F. HAUT, *Reflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif*, in *Rev. int. dr. comp.* (41), 1989, p. 909.

to di partenza. Nella ricostruzione datane da Wade, per un lungo periodo di tempo le corti sono riuscite a coniugare i principi tradizionali della giustizia naturale con le esigenze d'una moderna procedura amministrativa, «senonché una corrente inversa cominciò improvvisamente a turbare l'ampio corso di queste decisioni, il quale si era pur svolto in modo così regolare e per un tempo così lungo». Dopo il 1915 e ancor più dopo il 1939, le corti sembrarono non ritenere più «necessario guardare al di là» del testo della legge e interpretarne le disposizioni attributive di poteri all'amministrazione secondo le regole della *natural justice*⁴⁸⁵. Il paradosso era che un individuo doveva essere sentito prima di essere espulso da un'istituzione privata, come un'associazione sindacale o un club, mentre non aveva un analogo diritto rispetto ad atti autoritativi dell'amministrazione che potevano privarlo dei mezzi di sussistenza. Il ritorno alla tradizione fu ripristinato dalla nota decisione riguardante un funzionario di polizia, la cui destituzione fu ritenuta in contrasto con i principi di *natural justice*⁴⁸⁶.

A quella decisione fece riferimento, alcuni anni dopo, l'avvocato generale Jean-Pierre Warner per impostare l'esame del ricorso intentato da un'impresa olandese contro le condizioni imposte dalla Commissione. Dopo aver richiamato il precedente inglese,

⁴⁸⁵ W.H.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. 263; A.W. BRADLEY, *A Failure of Justice and Defect of Police: A Commentary on Ridge v. Baldwin*, in *Cambridge L. J.* (22), 1964, p. 83.

⁴⁸⁶ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, p. 37, secondo cui si tratta di un lessico universale.

lo confrontò con la giurisprudenza del *Conseil d'État* francese e con gli orientamenti seguiti dai giudici degli altri Paesi membri della Comunità. Pervenne alla conclusione che il diritto di essere sentiti prima dell'adozione di un provvedimento avente effetti anche solo in parte di tipo sfavorevole costituiva un principio generale del diritto comune agli ordinamenti nazionali⁴⁸⁷. La Corte di giustizia condivise la sua conclusione, incluse il diritto di essere sentiti tra i principi di cui assicurava il rispetto⁴⁸⁸.

Altri esempi potrebbero essere adottati, ma non aggiungerebbero molto al dato di fondo, ossia l'esistenza di un corpo di principi generali condivisi. Rispetto a quei principi, non mancano posizioni di singoli ordinamenti divergenti su specifici aspetti. Ma non vi è dubbio che l'emersione di un corpo di principi generali del diritto comuni all'Europa abbia una portata che non è esagerato definire storica, nel senso indicato da Rivero, sia uno tra i principali mutamenti che il secolo precedente ci ha consegnato, anche perché non di rado essi hanno un effetto di *spill-over*, in altri settori, soprattutto in virtù del principio di eguaglianza⁴⁸⁹. Nell'insieme, i risultati dell'indagine suggeriscono un'interpretazione alternativa del diritto amministrativo, del suo sviluppo.

⁴⁸⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Warner del 17 settembre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*.

⁴⁸⁸ Corte di giustizia, sentenza 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*. Nel senso del testo, J.A. USHER, *General Principles of EC Law*, London, Longman, 1998, p. 98.

⁴⁸⁹ P. LEYLAND – G. ANTHONY, *Administrative Law*, cit., p. 59.

6.4. *Il nucleo comune dei diritti amministrativi*

Sollecitata dai fatti rilevati in sede storica e comparata nella direzione indicata da Gorla e Rivero⁴⁹⁰, la ricostruzione prospettata suggerisce che, insieme a innumerevoli e rilevanti differenze tra i diritti amministrativi europei, esista un nucleo comune di tali diritti, per cui essi possono a buon titolo essere visti come parti di un tutto, perché tra di esse vi sono alcuni tratti comuni che fungono da connettivi. Il laboratorio della storia e i raffronti tra gli ordinamenti esistenti offrono una casistica variegata. Provano che, in luogo d'una netta contrapposizione tra due opposti modelli, in diversi momenti e con diverse modalità, si sono concretizzati sviluppi paralleli, processi di imitazione e di ibridazione⁴⁹¹. Tali processi non sono semplicemente accentuati all'interno degli ordinamenti sovranazionali creati dagli Stati alla metà del Novecento: hanno una maggiore ampiezza, sono pervasivi, soprattutto sono espressione di precisi vincoli giuridici, derivanti dai principi e dalle regole definiti dalle istituzioni comuni.

In questo senso, una preferenza per un paradigma alternativo rispetto a quello tradizionale, basato sulla contrapposizione tra i diritti amministrativi nazionali, può giustificarsi quanto meno nei termini segnati dalla riflessione contemporanea attorno ai paradigmi di cui il pensiero scientifico si avvale per ordinare la realtà. È, cioè, una teoria preferibile rispetto all'altra, per due motivi connessi ma distinti.

⁴⁹⁰ J. RIVERO, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, cit., p. 400; G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, cit., p. 620.

⁴⁹¹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, cit., p. 16.

Innanzitutto, è possibile dire, sulla base dei dati normativi e di fatto acquisiti ed esaminati e della discussione critica dell'altra teoria, che l'inadeguatezza di quest'ultima è stata dimostrata facendo riferimento ad aspetti che non dimostrano invece l'inadeguatezza della ricostruzione alternativa qui prospettata, incentrata sull'esistenza di un nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Inoltre, essa offre una visione più articolata della realtà, anziché enfatizzare oltremodo un unico tipo di tratti, non importa se quelli comuni o quelli distintivi. Su questi ultimi si tornerà più avanti, per mostrare che essi sono d'ostacolo a una qualsivoglia visione dell'Europa, del suo diritto, che si fondi unicamente, o prevalentemente, sui tratti comuni.

Per ora si può dire che, alla luce di quanto la riflessione dei giuristi sulla convergenza ha da dire e degli apporti delle altre scienze sociali⁴⁹², l'analisi

⁴⁹² Per la rilevazione della convergenza, S. CASSESE, *Le problème de la convergence des droits administratifs: vers un modèle administratif européen*, in *L'État de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47; B. STIRN, *Vers un droit public européen*, Paris, Montchrestien, 2012; C. HIMSWORTH, *Convergence and Divergence in Administrative Law*, in P. BEAUMONT – C. LYONS – N. WALKER (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, cit., p. 99; R.J. WIDDERSHOVEN, *Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?*, in *Rev. Eur. Adm. L.* (7), 2014, p. 5, che distingue la convergenza spontanea dall'uniformità imposta dall'alto. Per la tesi che occorra far salvo il pluralismo e la diversità che esso permette, C. HARLOW, *Voices of Difference in a Plural Community*, cit., p. 199. Nella letteratura sociologica sull'organizzazione, le opere di riferimento sull'isomorfismo all'interno di ambiti delimitati sono P.J. DIMAGGIO – W.W. POWELL, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, in *Am. Sociol. Rev.* (28), 1983, p. 147; J.W.

giuridica può ricondurre il nucleo comune dei diritti amministrativi a tre principali scenari di teoria. In una prima impostazione, si riconosce che, al netto d'importanti varianti riguardanti l'assetto costituzionale dell'amministrazione pubblica, non è un miracolo se esiste un diritto amministrativo, perché il suo consolidamento corrisponde alla «natura delle cose»⁴⁹³.

Una seconda impostazione, diversa ma non opposta, sottolinea che i tratti comuni tra gli ordinamenti europei, tra i vari statuti giuridici cui l'amministrazione è sottoposta, non costituiscono semplicemente sviluppi paralleli, pur se non simultanei. Essi si sarebbero così, per «diffusione», consolidati seguendo un modello «superiore», che solitamente viene rinvenuto nel diritto amministrativo francese.

La terza impostazione si differenzia dalle prime due perché tiene conto d'una più ampia gamma di fenomeni, sottolineando la portata del mutamento indotto dall'adesione agli ordinamenti sovranazionali.

Le tre linee di pensiero si differenziano, anzitutto, per il modo di porsi rispetto all'emergere di tratti morfologici comuni, giacché la prima fa riferimento a una convergenza spontanea, la seconda a una convergenza ricercata dalle istituzioni politiche o giudiziarie nazionali, la terza alla convergenza indotta da un vincolo esterno. In ciò, si differenziano, oltre che per l'ampiezza dei fenomeni e delle tendenze considerate, in ragione del tempo. I tre filoni di pensiero

MEYER – B. ROWAN, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, in *Am. J. Sociol.* (83), 1977, p. 340.

⁴⁹³ Di un «miracolo» parlano P. WEIL – D. POUYAUD, *Le droit administratif*, Paris, PUF, 2017, p. 3.

saranno illustrati in altrettanti paragrafi, cui seguirà una sintesi.

6.5. Tre scenari di teoria: la «natura delle cose»

La prima impostazione, che può essere etichettata come funzionalista, risale a un'antica tradizione di pensiero nella comparazione delle istituzioni giuridiche. Essa ha un precursore d'eccezione, Montesquieu. Movendo dalla constatazione dell'esistenza d'una «infinita diversità delle leggi e dei costumi»⁴⁹⁴, ma anche dall'interesse per le eventuali «leggi invariabili»⁴⁹⁵, egli si diede come criterio fondamentale quello della «natura delle cose»⁴⁹⁶. Ciò comportava una deviazione rispetto all'antica tradizione del diritto naturale e della *recta ratio*, di cui pure era ben edotto. Ma comportava una deviazione anche dal mero ancoraggio alla tradizione. Montesquieu lo sottolineò, con la consueta chiarezza, per spiegare perché la legislazione penale, all'epoca di Clodoveo, aveva codificato l'obbligo dell'audizione prima che una persona accusata di un crimine fosse condannata. La ragione consisteva nel bisogno di porre fine ai

⁴⁹⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), a cura di V. Goldschmidt, Paris, Flammarion, 1979, *préface*, p. 115; libro I, p. 123.

⁴⁹⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., libro I, p. 125.

⁴⁹⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., *préface*, p. 115; libro I, p. 123; libro X, p. 274. Alla natura delle cose fece riferimento anche E. DE VATEL, *Le droit des gens* (1757), libro I, cap. 8, ma riferendolo alla natura umana, reputata immutabile. Sull'importanza di questo criterio nel diritto europeo, M. WEBER, *Economia e società*, cit., III, p. 179; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 273.

rari casi di segno contrario e di differenziarsi rispetto alle prassi delle nazioni incivili⁴⁹⁷. Allo stesso modo, la separazione dei poteri era preferibile alla loro condivisione, perché era idonea a preservare le libertà individuali dall'arbitrio⁴⁹⁸.

Al di là di questi principi, tuttora validi, dall'impostazione di Montesquieu può trarsi un duplice punto di metodo. Il primo è, che per quanto i nostri istituti giuridici siano ampiamente conformati dalla storia e dalla cultura, non siamo condannati alla stasi. Rileggere Montesquieu è un salutare antidoto nei confronti della concezione della storia in termini di *path-dependance*, cioè di dipendenza dal percorso seguito in passato. Si può senz'altro convenire che le strutture fondamentali del diritto pubblico risultano da una stratificazione di interpretazioni consolidate, di pratiche e usi, della reputazione accumulata nel tempo, per cui si caratterizzano per l'inerzia di fronte al mutamento. Ma questa risultanza storiografica, in quanto tale, non esclude né il mutamento, né l'influsso che su di esso può imprimere l'osservazione di quanto si fa altrove. Il secondo punto di metodo è che sulla correzione sovente influiscono, oltre alle diverse visioni relative alla *res publica*, i giudizi sulle

⁴⁹⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., p. 328. Nella letteratura secondaria, nel senso del testo, R. HOWSE, *Montesquieu on Commerce, Conquest, War and Peace*, in *Brook. J. Int'l L.* (31), 2006, p. 693; in senso opposto, M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, cit., p. 5, secondo cui in Montesquieu non vi era l'idea del progresso.

⁴⁹⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., libro XI, p. 294. Le osservazioni espone nel testo motivano il dissenso rispetto a M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, cit., p. 3, secondo cui Montesquieu, al pari di Herder, può essere semplicemente associato all'idea delle diversità tra le nazioni.

scelte effettuate altrove, nel senso dell'adesione o del ripudio.

Almeno il primo punto di metodo è stato condiviso finanche da Edmund Burke, quando ha osservato che le due grandi forze che animano la società sono la conservazione e la correzione. Là dove gli istituti giuridici esistono, vi sono margini per perfezionarli; là dove persistono antiche tare e squilibri, bisogna introdurre di nuovi, adeguare l'ordinamento⁴⁹⁹. Quanto al secondo punto di metodo, esso servì ad alimentare una teoria del diritto costituzionale basata sul convincimento che si possano identificare funzioni e poteri comuni a tutti i regimi politici. Questa teoria fu sviluppata da Jeremy Bentham e da altri pensatori nel corso dell'Ottocento⁵⁰⁰. È in primo piano, quindi, l'idoneità dei principi e degli istituti a svolgere correttamente il proprio compito, in vista del soddisfacimento dei bisogni della società tutta.

Seguendo l'impostazione funzionalista, alla fine dell'Ottocento Laferrière incentrò la propria analisi sul problema del potere discrezionale. Più esat-

⁴⁹⁹ E. BURKE, *Reflections on the French Revolution* (1790), tr. it. a cura di A. Martelloni, *Scritti politici*, Torino, Utet, 1963, p. 12. Sulla sua avversione ai diritti, concepiti in un'ottica «metafisica», E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos*, cit., p. 58; J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, cit., p. 345. Sull'adesione di Burke ai valori della civiltà europea F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, cit., p. 19. Sulla *path dependence*, vi è un'ampia letteratura nelle scienze sociali tra cui J. LE GOFF, *L'Europa est-elle née au Moyen Age?*, cit., p. 7; in quella giuridica, ne ha individuato più tipi O. HATHAWAY, *Path Dependence and the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, in *Iowa L. Rev.* (86), 2000, p. 61.

⁵⁰⁰ J. BENTHAM, *A Fragment on Government* (1776), Oxford, Blackwell, 1948.

tamente, il problema era come si potesse conciliare la discrezionalità dell'amministrazione con l'esistenza di un insieme di diritti individuali riconosciuti dall'ordinamento. Lo schema esplicativo prospettato da Laferrière è d'una chiarezza cristallina, nella sua semplicità. Implica un bilanciamento tra due opposte esigenze. La protezione che va data agli interessi individuali non giustifica l'assoggettamento dell'amministrazione al diritto privato, richiede appositi criteri direttivi. L'efficiente realizzazione degli obiettivi determinati dal legislatore ne sarebbe altrimenti minata alla radice. È evidente che, nell'ottica di Laferrière, il modo migliore di contemperare queste opposte esigenze consiste nel sottoporre le dispute a un soggetto istituzionale dotato delle necessarie competenze tecniche, capace di sceverare i casi in cui la discrezionalità è stata esercitata in contrasto con la legge o con le forme essenziali dalle semplici irregolarità, cui è possibile porre rimedio. È evidente la delicatezza di questa valutazione, stretta tra i due estremi di non ostacolare l'azione amministrativa e di non permettere che essa degradi in arbitrio. Diversamente da altri commentatori, Laferrière ebbe il merito di combinare la distinzione degli assetti istituzionali, che era evidente a tutti, con un dato funzionale di grande importanza: la diversa natura delle dispute di diritto pubblico dalle altre dispute in cui l'amministrazione era coinvolta⁵⁰¹. Proprio sotto questo profilo, poté affermare che il Belgio non si limitò a replicare il modello inglese.

Questa apertura analitica, che costituisce un pregio del filone di teoria inaugurato da Laferrière, può

⁵⁰¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit., p. 29.

forse contribuire a spiegare perché, nel 1946, il Belgio si sia dotato di un vero e proprio giudice amministrativo⁵⁰². In generale, questa impostazione ha dato dignità scientifica alla consapevolezza della specialità dell'amministrazione autoritativa, di cui i pratici – primi tra tutti, gli amministratori pubblici e i giudici – furono avvertiti tra Otto e Novecento. Ha alimentato un modo di ragionare attorno allo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica che si è sviluppato nel corso del Novecento, man mano che si è rafforzato il ruolo dello Stato nell'economia e nella società e sono divenuti più frequenti i contatti tra i pubblici poteri nazionali in varie sedi. Al centro di questo filone di teoria vi è una costante: la somiglianza dei problemi che gli amministratori pubblici e i giudici sono chiamati a risolvere e delle soluzioni apprestate, cioè il «*parallelisme des solutions*», secondo Rivero⁵⁰³.

L'enfatizzazione della valenza funzionale, che pure per un verso costituisce un pregio di questo filone di teoria, ha per un altro verso suscitato insod-

⁵⁰² R. LIEVENS, *Le Conseil d'État in Belgium*, in *Am. J. Comp. L.* (7), 1958, p. 584, secondo cui, pur se i motivi d'impugnativa sono simili a quelli del giudice amministrativo francese, i poteri sono meno ampi.

⁵⁰³ J. RIVERO, *Préface*, in S. FLOGAITIS, *Administrative Law et Droit administratif*, cit., p. 9 e, in precedenza, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 15 (per la constatazione della «*similitude des problèmes administratifs modernes, largement commandée par des facteurs techniques identiques de pays à pays*»); F.H. LAWSON, *Review of C.H. Hamson, Executive Discretion and Judicial Control* and B. Schwartz, *French Administrative Law in the Common-Law World*, in *Stanford L. Rev.* (7), 1955, p. 159 («*in the field of administrative law all civilized countries have much the same problems and much the same desire for their proper solution*»). Sul metodo funzionalista, M. LOUGHLIN, *The Functionalist Style in Public Law*, in *Univ. Toronto L. J.* (55), 2005, p. 361.

disfazione in chi si colloca all'altro estremo. Si tratta, innanzitutto, di chi ha sottolineato che è fuorviante separare la ricerca delle soluzioni per i problemi che sorgono all'interno un dato ordinamento dal contesto, allo scopo di predisporre una sorta di tipologia universale di soluzioni⁵⁰⁴. Si tratta, a maggior ragione, di chi ha affermato che le culture giuridiche sono incommensurabili, anche dentro la tradizione giuridica occidentale⁵⁰⁵. La *querelle* tra i sostenitori della convergenza e i suoi oppositori è proseguita, irrisolta sul piano analitico, anche perché trae origine da diversi giudizi di valore riguardo all'integrazione più stretta in Europa e, prima ancora, da diversi assunti sul piano epistemologico.

Ai fini che qui interessano, è sufficiente constatare che il richiamo – in sé corretto e utile – alla specificità d'ogni contesto, d'ogni tradizione giuridica nazionale, deve confrontarsi con alcune tendenze di lungo periodo. Una è l'evidente somiglianza dei principi generali del procedimento, segnatamente degli obblighi di audizione e di motivazione dell'atto finale, tanto che un osservatore extra-europeo può chiedersi quale sia la ragion d'essere dell'antica contrapposizione tra il modello francese e quello inglese⁵⁰⁶. Un'altra è l'incremento – nel numero e nella

⁵⁰⁴ G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harv. Int'l L.J.* (26), 1985, p. 411.

⁵⁰⁵ P. LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, cit., p. 60; *contra*: J. GORDLEY, *Comparison, Law, and Culture: a Response to Pierre Legrand*, in *Am. J. Comp. L.* (65), 2017, p. 133.

⁵⁰⁶ A. LEFAS, *A Comparison of the Concept of Natural Justice in English Administrative Law with the Corresponding General Principles of Law and Rules of Procedure in French Administrative Law*, in *Queen's L.J.* (4), 1978, p. 197.

tipologia – delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative volte a regolare lo svolgimento dei procedimenti amministrativi, con alcune evidenti, innegabili costanti. Un'altra, ancora, è la specializzazione, sul piano funzionale, dei meccanismi di risoluzione delle dispute di diritto pubblico. Sebbene tali tendenze siano a volte offuscate da temporanee contropunte, esse sono assai rilevanti in sé e per le implicazioni che ne discendono.

6.6. *L'influenza dei prototipi*

Il più sistematico censimento di questi e altri fenomeni ha contribuito a stimolare un secondo indirizzo di ricerca, il più prossimo a quello che negli studi sociologici ha riservato attenzione all'isomorfismo mimetico, perché fa riferimento al prestigio che un sistema giuridico ha agli occhi dei governanti e dei giudici di altri sistemi⁵⁰⁷.

Nell'ultimo quarto dell'Ottocento, tale indirizzo si appuntò soprattutto sul controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa. La costante osservabile con maggiore immediatezza fu la correlazione degli sforzi volti ad assicurare una più ampia e migliore tutela ai vecchi e nuovi interessi affioranti dal cor-

⁵⁰⁷ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, cit., p. 27 (con riferimento all'influenza del diritto francese in Italia); R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 96. Negli studi relativi alla comparazione, oltre ad A. WATSON, *Aspects of Reception of Law*, in *Am. J. Comp. L.* (44), 1996, p. 350, si vedano W. TWINING, *Social Science and Diffusion of Law*, in *J. L. & Soc.* (32), 2005, p. 203 (per una tipologia delle imitazioni e dei trapianti) e A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 161 (con rilievi critici sul mascheramento delle pressioni esercitate in vari contesti).

po sociale con l'istituzione di corti amministrative. In questa coppia di elementi – gli interessi che reclamavano protezione e le corti «speciali» rispetto ai tribunali ordinari – veniva individuata, come nel primo filone di teoria, una relazione sempre più stretta.

Però, diversamente dall'altro filone, la ragion d'essere della frequenza, se non del costante ricorrere, di questa coppia di elementi veniva individuata nell'importanza attribuita ai risultati ottenuti altrove. In altri termini, i nuovi istituti non erano considerati come corrispondenti con l'ordine delle cose, bensì come cambiamenti rispetto alla tradizione nazionale. La giustificazione del cambiamento era nella legittimazione che si pensava potesse derivare dalla scelta d'ispirarsi a un'altra tradizione giuridica, ritenuta autorevole e più avanzata. In breve, questo indirizzo non considera i principali modelli come archetipi o idealtipi, bensì come prototipi, relativamente all'organizzazione dell'amministrazione⁵⁰⁸ e alla giustizia verso di essa.

Tra il 1830 e il 1890, l'assetto che il Belgio diede alla giustizia amministrativa fu tra i più studiati. Che al suo interno si sia realizzata una netta discontinuità, rispetto al modello francese, dovrebbe essere emerso ampiamente dalla trattazione svolta nel quarto capitolo. I cambiamenti si riscontrano negli assetti istituzionali, per via della scelta del modello monista, sul modello inglese, e nella morfologia del controllo giurisdizionale. Quella scelta di fondo non mancò di influire, oltre che sulla Costituzione tedesca del 1848,

⁵⁰⁸ G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, cit., p. 11.

sulla legge italiana abolitiva del contenzioso amministrativo⁵⁰⁹.

Venticinque anni più tardi, sulla scelta di segno opposto d'istituire un'apposita sezione del Consiglio di Stato per risolvere le liti riguardanti gli interessi, influì, oltre alla consapevolezza della limitatezza delle garanzie effettivamente esistenti, l'esempio dei Paesi ritenuti più avanzati. In sede politica, il discorso pronunciato da Silvio Spaventa a Bergamo fece espressamente riferimento, oltre che alla Francia, alla tendenza comune emersa in Austria e nei vari Stati tedeschi. In sede scientifica, Laferrière non fu l'unico a ricondurre il nuovo assetto italiano tra quelli più chiaramente influenzati dal modello francese. Perfino gli studiosi americani, assai meno legati alla tradizione rispetto a quelli inglesi, non esitarono a riconoscere che il sindacato del giudice amministrativo francese sull'*excès de pouvoir* era ben più sofisticato e pervasivo rispetto alle tecniche di controllo impiegate in Inghilterra⁵¹⁰.

Lo era per via d'una serie di fattori: la crescente attenzione rivolta all'effettivo rispetto delle finalità sancite dalle leggi, nella logica del *détournement de pouvoir*; l'osservanza degli adempimenti che costituivano altrettante garanzie per gli interessati, come il contraddittorio; l'intensità del controllo, anche in rapporto alle motivazioni esternate nell'atto conte-

⁵⁰⁹ Contrariamente all'opinione di Nigro, secondo R. BONNARD, *Le controle juridictionnel de l'administration*, cit., p. 195, il sistema italiano era letteralmente «copiato» da quello belga.

⁵¹⁰ Ne danno conto B. SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York, New York University Press, 1954 e la recensione di W. FRIEDMANN, in *Univ. Toronto L. J.* (11), 1955, p. 145.

stato. Il miglioramento, rispetto alle condizioni anteriori al 1872, era indiscutibile⁵¹¹. Il controllo sull'esercizio del potere era, inoltre, svolto da un giudice posto al centro, al di sopra dell'amministrazione e che proprio per questo la conosceva così bene da essere in grado di giudicare quale utilizzo essa faceva del potere e di correggerlo, se del caso.

Per questi motivi, il diritto amministrativo francese costituì per tutto l'Ottocento e all'inizio del Novecento non un idealtipo, ma un modello di riferimento, cioè un prototipo⁵¹². Si può aggiungere che lo sviluppo delle corti amministrative, nelle varianti indotte dai vari contesti, ha avuto con l'affinamento delle garanzie un legame quantitativamente importante e qualitativamente significativo.

Un'altra vicenda, sulla quale l'indagine empirica non si è ancora conclusa, può fornire un buon esempio dell'importanza d'una tradizione ritenuta così avanzata da dare luogo a fenomeni di imitazione spontanea, al di fuori di qualsivoglia vincolo coerciti-

⁵¹¹ D. COSTA, *Contentieux administratif*, cit., p. 7, la definisce «l'età dell'oro».

⁵¹² M. HAURIOU, *Droit administratif*, cit., p. 6; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa*, cit., p. 894; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 27; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., p. 3; G. LASSAR, *Administrative Jurisdiction in Germany*, p. 183, secondo cui vi fu una recezione del modello francese, solo attenuata da alcune idee del Gneist sull'ordinamento inglese; N. HERLITZ, *Legal Remedies in Nordic Administrative Law*, cit., p. 698, che riconduce l'istituzione della Corte suprema amministrativa all'influsso francese e tedesco. Sull'influenza del Consiglio di Stato francese all'estero, M. GALABERT, *The Influence of the Conseil d'État outside France*, in *Int'l & Comp. L. Q.* (49), 2000, p. 700; *Le Conseil d'État, Livre jubilaire*, Paris, Sirey, 1952.

vo, giuridico o politico. Essa riguarda la codificazione del procedimento amministrativo. Nell'Ottocento, si è visto, non ve ne fu alcuna, con la parziale eccezione della legge spagnola del 1889. Altrettanto può dirsi per lo scorcio del Novecento. L'Austria del 1925 può quindi considerarsi a buon titolo come il *first mover*. Sulla scelta politica di stabilire un corpo di regole a livello legislativo influì l'apporto della giurisprudenza della corte imperiale e da Tezner. Fu lo studioso viennese, con una gran mole di lavoro, a raccogliere, ordinare e sistematizzare la giurisprudenza della corte imperiale. Le caratteristiche qualitative precipue dei procedimenti che Tezner aveva tracciato segnarono un passo avanti rispetto alle istanze della buona amministrazione precedentemente elaborate dalla cultura austriaca. Concorsero in misura determinante a porre le basi per la prima, fondamentale legislazione del procedimento amministrativo, emanata il 21 luglio 1925⁵¹³. Leggi sul procedimento, simili nell'impianto e nella morfologia dei principali istituti, furono emanate nel giro di pochi anni in quasi tutti i Paesi sorti dopo la dissoluzione del vecchio Impero austro-ungarico: la Cecoslovacchia, la Jugoslavia e la Polonia⁵¹⁴.

⁵¹³ F. BENVENUTI, *Presentazione del tema della ricerca*, in G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, cit., p. 3; R. PARKER, *Administrative Procedure in Austria*, in *Am. J. Comp. L.* (14), 1965, p. 322; H. SCHAFFER, *Administrative Procedure in Austria. 80 years of Codified Procedure Law*, in *Eur. Rev. Publ. Law* (17), 2005, p. 871. L'influenza decisiva della giurisprudenza è ribadita da M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 39.

⁵¹⁴ G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, cit.; G. LANGROD, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en Pologne*, in *Rev. adm.* (13), 1960, p. 533; R. ARNOLD, *Procedural Law and*

Sulle ragioni che spinsero ciascuno di quei Paesi a seguire il modello austriaco, dopo la dissoluzione dell'impero asburgico, sono ovviamente necessari ulteriori approfondimenti. Essi potranno mettere a fuoco l'influenza esercitata dalla ricca giurisprudenza amministrativa e dalla legislazione⁵¹⁵. Potranno chiarire il ruolo che gli amministratori e i giudici che avevano ricoperto uffici pubblici nelle istituzioni imperiali svolsero nei nuovi Stati.

Tuttavia, il dato di fondo è nell'immediata diffusione del prototipo costituito dalla legge austriaca. Se essa rappresenti la «madre di tutte le leggi sul procedimento»⁵¹⁶, al di là di quel frangente storico e di quella parte d'Europa, è una questione di grande interesse, che richiede apposite verifiche. Per ora, se ne possono indicare alcune possibili implicazioni, tutte di notevole rilievo teorico: se il modello austriaco abbia irradiato la propria influenza su tutto il Novecento, al pari di quanto era accaduto nel secolo precedente per il diritto amministrativo francese, rimasto fedele alle coordinate ottocentesche; se, quindi, in sede storica e comparata si debba dare ben altro risalto alla ricchezza di quell'esperienza, anche nella prospettiva

rights of the Citizens in Central and Eastern Europe Countries, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali*, cit., p. 27.

⁵¹⁵ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, cit., p. 39.

⁵¹⁶ F. MERUSI, *Il procedimento irrealizzato. Dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, cit., p. 11; R. SCARCIGLIA, *Preface*, in (ed.), *Administrative Law in the Balkans*, Padova, Cedam, 2014, p. X. Sulla stabilità del diritto amministrativo francese, F. MELLERAY, *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, in Id. F. MELLERAY (sous la direction de), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, cit., p. 15.

dell'integrazione europea, quale si è concretizzata dopo il 1950; se, infine, la scelta di codificare il procedimento, non l'intero diritto amministrativo, abbia mantenuto un fondamentale tratto distintivo rispetto ai diritti privati dell'Europa continentale.

Il prestigio del modello amministrativo francese è stato confermato dall'influenza che ha continuato a esercitare, in Europa e altrove, per tutto il Novecento. È stato ribadito, dopo il 1950, dal peso determinante che esso ha avuto nel disegno dell'amministrazione comunitaria e sul suo diritto. Un'ulteriore conferma è provenuta dagli ordinamenti internazionali che si sono dotati di regimi giuridici specifici per i propri funzionari e agenti, nonché di appositi tribunali amministrativi⁵¹⁷.

6.7. *La convergenza indotta dai diritti sovranazionali*

Il terzo indirizzo teorico è forse meno facilmente sintetizzabile, per l'ampiezza della letteratura e per l'eclettismo di molti contributi⁵¹⁸. Il filo conduttore, peraltro, è chiaro: esso consiste nel considerare il rapporto che intercorre fra i tratti comuni e distintivi dei diritti amministrativi europei non semplicemente all'interno degli ordinamenti sovranazionali, ma

⁵¹⁷ P. WEIL, *The Strength and Weakness of French Administrative Law*, in *Cambridge L. J.* (23), 1956, p. 242.

⁵¹⁸ T. KOOPMANS, *The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions*, in *Am. J. Comp. L.* (39), 1991, p. 493; R. CARANTA, *Pleading for European Comparative Administrative Law*, in *Rev. of Eur. Adm. L.* (2), 2009, p. 155; M. RUFFERT, *The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project*, in M. RUFFERT (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Monaco, European Law Publishers, 2007, p. 5.

come inerente alla dinamica di fondo di tali ordinamenti: una dinamica generatrice incessante, pur se con variabile intensità, di mutamento morfologico, nel senso dell'isomorfismo.

Per descrivere questo mutamento, Sabino Cassese e Jürgen Schwarze hanno fatto riferimento, rispettivamente, ai percorsi tracciati da Gorla e da Rivero, sottolineando la nota innovativa e distintiva rappresentata, oltre che dall'inserimento dei diritti nazionali nell'ordinamento di più vasta area, dallo sviluppo dell'amministrazione comunitaria indiretta, nel senso che numerose politiche comuni sono attuate dai poteri pubblici nazionali entro una cornice comune di principi, regole e controlli⁵¹⁹. Nello scorcio del ventesimo secolo, questi orientamenti hanno trovato più d'un conforto teorico, sino a elaborazioni come quella di Paul Craig che, pur serbandone la distinzione tra i principi comuni agli ordinamenti nazionali e quanto gli ordinamenti sovranazionali vi aggiungono con la propria opera, ne sottolinea l'interazione:

«the existence of the Community had the effect of *bringing the public law systems of the differing European countries closer together*. This is due in part to the fact that EC law draws its inspiration from the laws of the Member States. It is due also to the fact that the very existence of the Community has fostered a growing awareness of the mutual dependence of its component parts»⁵²⁰.

È questa l'estrema sintesi di un processo che ha varie sfaccettature e ripercussioni. La responsabilità

⁵¹⁹ S. CASSESE, *Le problème de la convergence des droits administratifs*, cit., p. 47; J. SCHWARZE, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, cit., p. 164.

⁵²⁰ P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 324 (corsivo aggiunto).

della pubblica amministrazione ne fornisce varie ed eloquenti riprove. La stessa previsione d'una norma generale enunciativa del principio di responsabilità – l'articolo 340 TFUE – rispecchia una tradizione costituzionale che può dirsi condivisa anche dall'Inghilterra pur se in modo articolato, cioè nei vari tipi di azioni e nei vari settori. Tale norma generale comporta, in quanto tale, non soltanto l'impossibilità d'invo-care immunità, ma anche una precisa scelta di campo a favore della responsabilità diretta della Comunità e ora dell'Unione. Inoltre, poiché la sua formulazione rinvia ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», il moto dai diritti amministrativi nazionali al diritto amministrativo è evidente.

L'apporto di ciascuno di tali diritti all'opera della Corte di giustizia, di complessa e per taluni aspetti di dubbia individuazione, resta da definire, anche in relazione alle sollecitazioni provenienti dagli avvocati generali. Analogamente, la raccomandazione del Consiglio d'Europa recepisce i principi condivisi da una più ampia cerchia di Paesi. A sua volta, impone ai legislatori e i giudici di quei Paesi d'interpretare le regole esistenti coerentemente con i principi condivisi, a volte di emanarne di nuove. *A fortiori*, l'appartenenza all'Unione europea comporta l'eliminazione di regole e prassi consolidate, ritenute incompatibili con i valori su cui l'Unione si fonda, si tratti della difesa degli interessati all'interno del procedimento amministrativo o dei rimedi cautelari esperibili nei confronti dei provvedimenti applicativi delle leggi incompatibili con le libertà di circolazione all'interno del mercato unico europeo.

L'accostamento di questo filone di teoria agli altri due, ai fini d'una visione d'insieme, richiede

almeno tre ordini di qualificazioni. La prima, e più generale, è che rispetto al periodo anteriore al 1945, sono mutate le basi giuridiche del potere amministrativo, in conseguenza dell'instaurazione di un nuovo assetto costituzionale. È, ancora una volta, un tratto comune ai principali ordinamenti europei⁵²¹, seguiti più recentemente dai Paesi che hanno instaurato regimi politici riconducibili al tipo della democrazia liberale, dopo il 1989.

Il secondo ordine di qualificazioni concerne le implicazioni dell'adesione agli ordinamenti sovranazionali. Più che indicare una determinata data, va annesso rilievo ai processi di cambiamento avviati dai trattati istitutivi, pur se destinati a realizzarsi soltanto più tardi, con l'azione combinata di regole e controlli in funzione di osservanza, affidati a due corti sovranazionali indipendenti dagli Stati e accessibili da parte d'una varietà di figure giuridiche soggettive. La combinazione di regole e controlli è, secondo alcuni, nella natura non dissimile rispetto a quella che si riscontra nell'ordinamento federale nordamericano; peraltro, per alcuni istituti giuridici (rifiuto della pena capitale), la comunanza tra gli ordinamenti europei è superiore rispetto a quella degli Stati negli USA⁵²². È fuori discussione che l'integrazione più

⁵²¹ Concordano G. VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1965, p. 21; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung und Demokratie* (1991), tr. it. a cura di M. Nicoletti, *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 80; J. JOWELL – D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, cit., p. 9; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione, politica, amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 5.

⁵²² K. LENAERTS – K. GUTMAN, «Federal Common Law» in the Eu-

stretta abbia accentuato la circolazione dei principi e degli istituti giuridici.

Il terzo ordine di qualificazioni concerne il vincolo che discende dall'insieme di tali regole e controlli. Esso presenta una precisa importanza. Pur se non necessariamente comporta un isomorfismo, per usare l'ordine di concetti proprio dell'analisi sociologica⁵²³, tale vincolo richiede non solo specifici aggiustamenti, bensì un continuo adeguamento di ciascun ordinamento nazionale ai valori fondamentali della preminenza del diritto e del rispetto dei diritti fondamentali, alla cui osservanza presiedono vari meccanismi, giudiziari e politici⁵²⁴.

Va sottolineato ancora una volta che l'adeguamento non è simultaneo, in tutti i Paesi, né omogeneo. Può risentire, in chiave negativa, di periodi transitori concessi al momento dell'adesione o della disponibilità delle corti sovranazionali a riconoscere un più ampio margine di apprezzamento in vista di determinati interessi o tradizioni nazionali. Può all'opposto risentire della maggiore disponibilità dei legislatori e giudici nazionali a immettere nell'ordinamento nazionale i principi generali condivisi in

ropean Union: A Comparative Perspective from the United States, cit., p. 16. Sulla pena capitale, J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁵²³ P.J. DIMAGGIO – W.W. POWELL, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, cit., p. 147.

⁵²⁴ B. STIRN, *Vers un droit public européen*, cit., p. 31; R.J. WIDDERSHOVEN, *Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?*, cit., p. 5; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 98 considera il caso ulteriore dell'imposizione, basata sulla forza.

sede europea. Ne costituisce una dimostrazione, per quanto concerne l'ordinamento italiano, la differenza riscontrabile tra il rinvio effettuato dall'articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile ai soli «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» e la disposizione iniziale della legge sul procedimento amministrativo, che dispone un'apertura verso i «principi dell'ordinamento comunitario»⁵²⁵.

6.8. *Convergenza nella diversità*

Esposti, a grandi linee, i tre scenari di teoria cui si può fare riferimento per precisare il concetto di «nucleo comune dei diritti amministrativi» e sottolinearne l'evoluzione rispetto all'Ottocento⁵²⁶, resta da chiedersi come essi possano essere conciliati con la necessità – più volte segnalata – di tenere conto, oltre che degli elementi di comunanza, delle diversità⁵²⁷.

Cominciando con i primi due filoni di analisi, oltre a ribadire la varietà degli assetti istituzionali riguardanti il rapporto tra l'amministrazione pubblica

⁵²⁵ Sull'articolo 12, G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.* (1979), ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 443. Sulla diversità rispetto al rinvio relativo al procedimento, G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, II ed. p. 29.

⁵²⁶ Sull'esistenza di un «*fonds commun*» nell'Ottocento, T. LE YONCOURT – A. MERCEY – S. SOLEIL (a cura di), *L'idée du fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014.

⁵²⁷ M. ADAMS – J. GRIFFITHS, *Against 'comparative method': explaining similarities and differences*, in M. ADAMS – J. BOMHOFF (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 279.

e l'organizzazione della giustizia, vale ricordare che, tra Otto e Novecento, la giurisprudenza dei giudici che controllavano l'esercizio delle potestà da parte delle autorità amministrative fu molto articolata. Essa risentì delle diverse qualificazioni attribuite agli interessi ai vari beni della vita: basti pensare alla distinzione italiana tra i diritti soggettivi e gli interessi legittimi. Diverse erano anche le tecniche di controllo, più ancorate all'impostazione prevalente nel diritto privato nell'esperienza inglese e belga, più orientate ai diritti nell'esperienza austriaca e tedesca, più connotate da una concezione obiettiva del diritto nell'esperienza francese e italiana. Seppure diverse, le posizioni dei giudici erano accomunate dalla ricerca di garanzie nei confronti dei poteri esorbitanti delle autorità pubbliche. Nuovi equilibri andavano costruiti tra il momento dell'autorità e il momento della libertà. Lo strumento tecnico per ricercare quegli equilibri variò da un caso all'altro: a volte lo si trovò nella sofisticata teorizzazione dell'atto amministrativo, altre volte lo si trovò nell'adattamento dei parametri di controllo sull'esercizio dei poteri speciali riconosciuti ad alcuni soggetti privati rispetto ad altri.

Allo stesso modo, pur se è innegabile l'esistenza d'una tendenza comune a disciplinare il procedimento amministrativo mediante disposizioni legislative e regolamentari, le diversità riscontrabili nei vari ordinamenti non riguardano soltanto le fonti. Esse concernono, prima ancora, la scelta di dotarsi d'una disciplina siffatta, finanche all'interno del ristretto nucleo dei Paesi fondatori della Comunità europea. Una disciplina di questo tipo non esiste, infatti, in Belgio. Non esiste nemmeno in alcuni dei Paesi che hanno aderito più recentemente all'UE, pur se l'esi-

stenza d'una disciplina legislativa del procedimento è da più parti considerata un *benchmark*. Nell'Europa più ampia, che pure è unita dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una disciplina legislativa del procedimento manca, oltre che nel Regno Unito, in Turchia e nella Federazione russa.

Il concorrere di forze di segno opposto risulta evidente non soltanto ai continuatori dell'impostazione tradizionale e ai volenterosi apologeti d'ogni diversità nazionale, ma alla maggioranza degli studiosi. Almeno due dati di fatto, tratti dalla comparazione sincronica svolta in rapporto alla responsabilità pubblica, confortano questa generalissima valutazione. Una è il persistere di rilevanti diversità nel sistema delle tutele, che divengono ancor più evidenti se si considerano, oltre ai ricorsi giurisdizionali, i ricorsi amministrativi. L'altra è la variabile interazione tra il diritto pubblico e il diritto privato. Mentre nel modello francese vi è una separazione tra il regime pubblicistico della responsabilità e il regime imperniato sul Codice civile, peraltro attenuata dall'assimilazione dei principi e delle regole, nel modello inglese può al più dirsi che vi sia una tendenza alla specificazione dei principi e delle regole relativi alla responsabilità pubblica. A sé sta il modello tedesco, in cui tali principi e regole sono fondamentalmente sanciti dalle disposizioni costituzionali e di legge, pur con le qualificazioni ritenute necessarie dai giudici.

Coniugando i primi due scenari di teoria con l'ultimo, che sottolinea il vincolo derivante dall'adesione agli ordinamenti sovranazionali, qualche anno fa uno studio comparato riguardante il diritto amministrativo ha ritenuto possibile il «definitivo ravvicinamento della vicenda inglese alle esperienze dell'Europa

continentale»⁵²⁸. Altri hanno invece avanzato meditati dubbi sull'effettività della convergenza⁵²⁹. Al di là della ben diversa piega che l'appartenenza del Regno Unito all'Unione europea ha preso negli ultimi anni⁵³⁰, entrambe le opinioni vanno considerate alla luce del dato di fondo più volte sottolineato in questo saggio, ossia la compresenza di principi condivisi e di applicazioni differenziate, indotte dal contesto, di tradizioni costituzionali comuni e nazionali. Da questo angolo visuale, l'esistenza d'una pluralità di ordinamenti, ciascuno con tradizioni e valori in parte distinti, non costituisce soltanto un dato rilevabile sul piano esistenziale: essa ha una precisa importanza sul piano deontologico, del dover essere. Ne costituiscono altrettante e significative riprove le disposizioni ricognitive dei valori su cui l'Unione si fonda, i riferimenti effettuati alle tradizioni giuridiche comuni e nazionali, gli orientamenti giurisprudenziali che riconoscono la legittimità delle restrizioni imposte al godimento dei diritti fondamentali.

Proprio perché tante diversità tra i diritti amministrativi nazionali persistono e ne sorgono sovente di nuove, non sono infrequenti le situazioni di concorrenza tra gli ordinamenti, di *regulatory arbitrage*. Proprio perché vi sono tali diversità, e le implicazioni pratiche che ne derivano sono tutt'altro che irrilevanti, le legislazioni meno avanzate tendono talora

⁵²⁸ G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 23.

⁵²⁹ P. BIRKINSHAW, *European Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 4.

⁵³⁰ Per un'accurata ricostruzione, P. CRAIG, *Brexit: A Drama in Six Acts*, in *Eur. L. Rev.* (41), 2016, p. 447.

ad allinearsi a quelle più moderne. Da questo angolo visuale, può dirsi che la convergenza presuppone la divergenza, ma non può eliminarla, perché variano incessantemente l'equilibrio tra le forze in campo nei vari Paesi e le preferenze politiche da essi espresse, in aggiunta alle diversità derivanti dalla storia.

Gli istituti giuspubblicistici assumono, quindi, forme e articolazioni diverse a seconda delle tradizioni giuridiche, delle cornici istituzionali e, non ultime, delle preferenze politiche che denotano ogni società. Per dirlo più brevemente e più chiaramente, il contesto conta, e molto, non può essere sottovalutato⁵³¹. Se questa chiave di lettura è corretta, il discorso relativo all'Europa d'oggi può essere posto su basi più solide. Può essere sottratto alla tendenza semplificante ad annettere rilievo soltanto a ciò che ci unisce, trascurando ciò che ci divide oppure a enfatizzare soltanto la diversità. La situazione che abbiamo «fotografato» all'inizio del ventunesimo secolo è destinata a cambiare. Si adatterà a nuove esigenze, a nuove pressioni. All'interno dell'Unione europea, l'integrazione più stretta tra gli ordinamenti continuerà a esaltare le aree dove permangono differenze, all'interno del diritto pubblico e al suo esterno. Potranno esservi spazi ulteriori per valorizzare determinate tradizioni nazionali, forse anche per discostarsi, entro determinati limiti, dalle interpretazioni consolidate di alcuni valori comuni⁵³².

⁵³¹ Sulla distinzione tra le tradizioni amministrative e i contesti nazionali, S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States of the European Union»*, cit., p. 944.

⁵³² P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 233. Sui problemi sistemici relativi al rispetto dei valori, A. VON BOGDANDY – M. IOANNIDIS, *Il diritto*

Il riferimento ai limiti richiede qualche precisazione. In virtù dell'adesione alle organizzazioni sovranazionali e all'assoggettamento al controllo esercitato dalle loro corti, le autorità nazionali incaricate dell'adempimento di funzioni e potestà amministrative non si sottraggono alla verifica *a posteriori* della conformità delle attività e degli atti agli standard dell'azione amministrativa. Nel novero di quegli standard, alcuni dei quali si configurano come principi generali, vi è l'obbligo di rispettare il procedimento prestabilito e con esso le forme essenziali; vi è il diritto all'audizione degli interessati; vi è il dovere di motivare le scelte effettuate, soprattutto se ne derivano effetti sfavorevoli per alcuni interessi.

Tuttavia, si tratta di standard variabili anziché invariabili, per usare l'ordine di concetti introdotto da Hart⁵³³. Il contenuto variabile degli obblighi procedurali rende ragione, oltre che delle mutevoli circostanze, della diversità del contesto istituzionale e culturale. Peraltro, le differenze vanno contenute entro una certa soglia. Esse non possono elidere il nucleo essenziale dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Sono assoggettate al test di proporzionalità che le corti europee hanno elaborato e applicano⁵³⁴, un test che le corti nazionali hanno fatto proprio.

Su queste basi, può essere meglio valutata la tesi di quanti, attenti ai nuovi fermenti del diritto pub-

ad avere diritti europei. Importanza e problem dell'azione contro i deficit sistemici, in *Scienza & Politica* (26), 2014, p. 111.

⁵³³ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 133. Sull'idea di Hart che i principi esprimano il contenuto minimo del diritto naturale, J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, cit., p. 520.

⁵³⁴ A. STONE SWEET – J. MATTHWES, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, cit., p. 80.

blico in Europa, sono inclini a ritenere che, quanto meno al livello dei principi, un diritto comune emerge con sufficiente chiarezza. Ancora una volta, più d'una qualificazione è necessaria⁵³⁵. Anzitutto, è preferibile evitare ogni indebita sovrapposizione con lo *ius commune* che ha contraddistinto l'Europa prima dell'età delle codificazioni e interveniva come diritto sussidiario⁵³⁶. Utilizzare una diversa locuzione fa emergere, al di là dell'apparente somiglianza terminologica, la discontinuità sul piano semantico⁵³⁷. Non si può prescindere, d'altronde, dall'esistenza degli Stati, dei loro complessi normativi con cui le fonti sovranazionali interagiscono, dei loro apparati amministrativi e giudiziari di cui gli ordinamenti sovranazionali si avvalgono, senza sostituirsi loro.

Inoltre, è più prudente, più aderente ai dati normativi e di fatto fin qui allineati dalla ricerca, dire che, pur nelle loro diversità, i diritti amministrativi europei tendono a proporre soluzioni giuridiche che presentano almeno alcuni tratti comuni più evidenti rispetto al passato. L'espressione «convergenza nella diversità» è forse quella che meglio di altre coglie la direzione e la rilevanza del cambiamento intervenuto nell'arco di due secoli, nonché i suoi potenziali sviluppi⁵³⁸. L'inferenza che se ne può trarre è che le

⁵³⁵ J. RIVERO, *Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, cit., p. 401; B. STIRN, *Vers un droit public européen*, cit., p. 13.

⁵³⁶ A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., p. 93; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 86.

⁵³⁷ A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 13.

⁵³⁸ Convergono che la convergenza vi sia, ancorché «lenta» e

diversità talvolta appaiono così evidenti, proprio perché vi è una maggiore vicinanza tra gli ordinamenti ed è riconosciuta la comunanza dei principi generali⁵³⁹.

6.9. *La necessità di ulteriori verifiche*

Fin dall'inizio di questo saggio, si è più volte sottolineata la necessità di sottoporre l'ipotesi di lavoro a ulteriori verifiche, su altri ambiti dell'azione dei pubblici poteri e su altre questioni, nonché su altri ordinamenti giuridici. I due aspetti, benché connessi, vanno trattati distintamente.

Sotto il profilo diacronico, un nuovo sondaggio è utile per completare la linea di ricerca riguardante i canoni di condotta cui le pubbliche amministrazioni dovevano attenersi all'inizio del Novecento. Essa ha mostrato che i mutamenti nei criteri direttivi, nei principi generali sono il più delle volte di carattere evolutivo, talora lenti. I reali assetti degli interessi protetti dal diritto, la morfologia degli istituti progrediscono attraverso l'operare congiunto dei centri di riferimento di quegli interessi e delle istituzioni amministrative e giudiziarie. Non si può escludere, però, che quantomeno in alcuni momenti della storia delle istituzioni il cambiamento sia più rapido, non tanto per l'editto di un sovrano, quanto perché esso può dare maggiore compiutezza e sistematicità alla cornice giuridica che è venuta evolvendo.

parziale, C. HARLOW – R. RAWLINGS, *National Administrative Procedures in a European Perspective: Pathways to a Slow Convergence*, in *It. J. Publ. L.* (2), 2010, p. 215, 259. In sede storiografica, per la tesi che «l'unità non annulla la diversità», F. CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, cit., p. 152.

⁵³⁹ S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, cit., p. 147.

Da questo angolo visuale, l'indagine sulla legislazione austriaca sul procedimento amministrativo e sull'influenza che essa può aver esercitato – che esercitò, secondo i resoconti dei contemporanei – sulle legislazioni di altri Paesi è di notevole interesse. Lo è per le inferenze che ne possono essere tratte rispetto al rapporto che corre tra i tratti comuni e distintivi. Lo è anche per le implicazioni più generali riguardanti la possibilità d'individuare un vero e proprio diritto amministrativo all'interno di ordinamenti autoritari, in cui i diritti civili e politici sono limitati, come accadeva in Spagna, in Polonia e in Ungheria alla fine degli anni Cinquanta del Novecento.

Questa linea di ricerca verrà sviluppata sul piano sincronico, per indagare le conseguenze pratiche della codificazione del procedimento amministrativo. Essa è variamente considerata dalle indagini comparate. I cambiamenti realizzati negli ultimi tre decenni emergono in modo abbastanza evidente da un bilancio anche sintetico, limitato ai fatti essenziali. Quei fatti sono illustrati e analizzati nel censimento delle leggi sul procedimento diretto da Jean-Bernard Auby⁵⁴⁰. Essi mostrano il continuo progredire della codificazione. Ma rivelano anche che, da un Paese all'altro, la codificazione è volta a conseguire diverse finalità e ha diversa ampiezza. Può limitarsi ad alcuni principi fondamentali o estendersi fino a stabilire moduli di azione generali o residuali. All'estremo opposto, vi sono ordinamenti senza alcuna codificazione legislativa del procedimento.

Sarebbe un errore vedere in questo scarto uno

⁵⁴⁰ In particolare, J.B. AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, cit.

squilibrio da correggere. Questa linea di ragionamento può essere spinta fino a sostenere che sia di notevole interesse accertare come, nelle varie circostanze appena stilizzate, si configuri il rapporto tra i principi generali e le norme settoriali. Che i principi generali contino, e contino più di ieri, per il conseguimento degli interessi della collettività, è sostenibile *a priori*. Quanto contino, in concreto, solo l'analisi empirica può ambire a dirlo. La comparazione può fornire un utile contributo. Essa è in grado di aggiungere alle risultanze dell'analisi normativa una cospicua dose di valore esplicativo.

La comparazione sincronica può altresì includere le forme di azione che danno luogo all'adozione di regole (regolamenti e atti amministrativi generali, direttive e istruzioni di servizio, sovente esternate mediante «circolari») o di piani. Che questi due tipi di attività contino molto, è sostenibile *a priori*: è nelle regole e nei piani che le amministrazioni esercitano i propri poteri discrezionali, pur senza consumarli.

Tuttavia, non ci si può nascondere una difficoltà di tipo definitorio. Questa difficoltà dipende dall'eterogeneità delle attività nei vari ordinamenti. Essa attinge il livello più propriamente teorico, in rapporto alla nozione di procedimento amministrativo. Il dubbio è se tale nozione possa essere associata a forme di azione così diverse, senza rischiare di perdere rilevanza e significatività, fino al punto di risolversi in una mera sintesi verbale.

Un dubbio siffatto non avrebbe motivo di porsi nella cultura giuridica nordamericana, dove *adjudication* e *regulation* sono associate nella disciplina legislativa del procedimento. Ma non è fuori luogo relativamente all'Europa continentale. Nella cultura tedesca,

il perdurante consenso ottenuto dalla teoria dell'atto amministrativo inteso come l'atto individuale che stabilisce il diritto nel caso concreto ha indotto i giuristi a scartare l'ipotesi che esso potesse definire regole di condotta, mentre si è ammesso che possano esservi atti collettivi, cioè rivolti a una pluralità di soggetti⁵⁴¹. Nella cultura giuridica italiana, forse meno rigorosa ma più attenta al reale, si è preso atto dell'esistenza di atti amministrativi contenenti regole, ma poi – per fedeltà alla tradizione dogmatica – si è precisato che essi non avevano natura normativa. Il problema si è posto in termini completamente diversi nella cultura giuridica inglese, per l'empirismo che le è proprio. Si può peraltro ipotizzare – a mo' di artificio retorico – che la questione relativa all'adeguatezza della categoria teorica del procedimento possa essere non accantonata, bensì più convenientemente valutata *ex post*, anziché *ex ante*.

Sviluppando tale ipotesi, ci si può chiedere se, mettendo al centro della comparazione i processi decisionali utilizzati dalle pubbliche amministrazioni, sia possibile isolare alcune questioni. Una è se i procedimenti siano predeterminati, scanditi in fasi, al pari dell'*adjudication*. Un'altra è se e soprattutto come essi siano aperti all'intervento dei centri di riferimento dei vari interessi in gioco⁵⁴². Ancora una volta, la questione non è se queste forme di azione si di-

⁵⁴¹ M. HAURIU, *Principes de droit public*, cit., p. 145; J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 96; E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, cit., p. 335, per la definizione di «atto amministrativo con la partecipazione dell'interessato».

⁵⁴² Per un confronto riguardante alcuni ordinamenti, T. ZIAMOU, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Aldershot, Ashgate, 2001.

scostino dal paradigma meno recente, sintetizzabile nell'affermazione dello Schmitt della *Verfassungslehre*, secondo cui nell'amministrazione non c'è, non può esservi, alcuna rappresentanza, perché la democrazia riguarda l'unità politica vista «come un tutto»⁵⁴³: è, piuttosto, come se ne discostino e con quali effetti. Si tratta, cioè, di vedere come le leggi, le prassi applicative e la giurisprudenza realizzino la graduazione e la differenziazione della partecipazione⁵⁴⁴.

6.10. *Il confronto con altre esperienze giuridiche*

I tratti comuni tra i diritti amministrativi europei sono ancor più evidenti, assumono un significato ancor maggiore se confrontati con i diritti amministrativi esistenti in altre regioni del globo. È opportuno, se non necessario, un confronto all'interno della medesima tradizione giuridica, quella occidentale⁵⁴⁵, e al di fuori di essa, in tutte le «nazioni civili»⁵⁴⁶. A questa necessità si cercherà di corrispondere nelle ulteriori fasi della ricerca.

Possono prospettarsi varie affinità fra i diritti am-

⁵⁴³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1924), tr. it. a cura di A. CARRACCILO, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 357. In senso analogo, H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), tr. it. a cura di G. Melloni, in *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 115.

⁵⁴⁴ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 47.

⁵⁴⁵ Per la tesi dell'unità di questa tradizione, J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, cit.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 117. La comunanza delle culture europee e latinoamericane è affermata da J.H. MERRYMAN – R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, cit., p. 3.

⁵⁴⁶ M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz, 1998, 8° ed., p. 4.

ministrativi europei e quelli degli altri Paesi appartenenti alla tradizione giuridica occidentale. La prima concerne lo statuto giuridico dell'amministrazione pubblica, in ragione dell'adempimento di compiti rivolti al benessere pubblico⁵⁴⁷. Un'altra deriva dal riconoscimento di un certo numero di garanzie procedurali, non giustificate solo nell'ottica della collaborazione con le autorità pubbliche, ma anche dalla necessità di dare nerbo ai diritti fondamentali. Un'ulteriore affinità riguarda, insieme alla distinzione della funzione giurisdizionale dalle altre funzioni supreme, l'indipendenza della magistratura⁵⁴⁸.

Tuttavia, ci si può domandare se, quanto ai diritti fondamentali, vi sia diversità forse più profonda di quanto sembri rispetto al diritto nordamericano; se al di là dell'apparente somiglianza dei principi e degli istituti del procedimento amministrativo negli ordinamenti europei e latinoamericani, essi assumano rilevanza e articolazioni diverse⁵⁴⁹; quanto conti il ruolo riconosciuto ai giudici nel dare al diritto amministrativo una diversa configurazione, se non una diversa natura, rispetto ai regimi autoritari. Sono evidentemente quesiti di notevole spessore. Essi mostrano la necessità di più approfonditi confronti.

Tali confronti possono utilmente essere estesi alle altre culture giuridiche, alle altre tradizioni, che hanno risentito più tardi del diritto dell'Occidente. Limitandoci per ora – per semplicità – alla seconda

⁵⁴⁷ J. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1267.

⁵⁴⁸ M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, cit., p. 6.

⁵⁴⁹ A. BREWER-CARIAS, *Principes de la procédure administrative non contentieuse*, Paris, Economica, 1992 ha messo a confronto l'ordinamento francese, quello spagnolo e alcuni ordinamenti dell'America Latina.

delle tre variabili appena considerate, ossia ai principi e agli istituti del procedimento amministrativo, ci si può chiedere se la loro affermazione sia ricollegata al riconoscimento di un nucleo di diritti non semplicemente affermati, ma garantiti nei confronti del potere pubblico. Ci si può chiedere più specificamente, a distanza di sei o sette decenni dall'entrata in vigore della legislazione sul procedimento in Giappone, sul modello americano, in quale modo sia stata conciliata con la tradizione giuridica nazionale. Con riferimento ad altri Paesi asiatici, come la Corea del Sud e Taiwan, dove fin dagli anni Ottanta del secolo scorso l'azione di politica economica e istituzionale si è svolta secondo un disegno chiaramente delineato, va accertato quale ruolo la disciplina del procedimento abbia all'interno di quel disegno⁵⁵⁰. Può esservi una proficua sinergia con la ricerca diacronica – prima delineata – sulla diffusione delle leggi sul procedimento amministrativo tra il 1925 e il 1960.

È opportuno ribadire che il presupposto di questo raffronto non è la rilevazione di un processo evolutivo verso una sorta di stadio terminale, né tanto meno il convincimento che esista un diritto ottimale, verso cui tendere. È, piuttosto, il riconoscimento che il tipo di Stato in cui il diritto amministrativo dell'Europa odierna è stato preceduto, ha coesistito e coesiste con altri. Sono esistiti in passato ed esistono ordinamenti in cui i pubblici poteri non sono astretti da regole e controlli, a fini di garanzia per gli indivi-

⁵⁵⁰ T. GINSBURG, *Dismantling the "Developmental State"? Administrative Procedure Reform in Japan and Korea*, in *Am. J. Comp. L.* (49), 2001, p. 585, p. 586 sottolinea la pressione esterna sulla riforma dei procedimenti in Giappone.

dui e i gruppi in senso sociale, non devono sottostare al diritto⁵⁵¹. Se siano riconducibili a questo idealtipo alcuni regimi politici europei degli anni Trenta del Novecento, gli ordinamenti dei Paesi socialisti del secondo dopoguerra⁵⁵², la Cina del nostro tempo⁵⁵³, è una questione di grande interesse. Esaminarla può aiutarci a comprendere meglio non soltanto la peculiarità dell'esperienza giuridica dell'Europa attuale, ma anche la sua rilevanza nella prospettiva storica e comparata.

⁵⁵¹ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, cit., p. 13; E.A. POSNER – C.R. SUNSTEIN, *The Law of Other States*, in *Stanford L. Rev.* (59), 2006, p. 158.

⁵⁵² G. PASTORI, *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, cit., p. 8, era dell'opinione che in quei Paesi il mutamento di regime politico non avesse influito sull'importanza dell'amministrazione, anzi l'avesse rafforzata.

⁵⁵³ M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, cit., p. 131, con riferimento a Singapore.

Volumi in corso di preparazione per la collana
“THE COMMON CORE
OF EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAWS”
diretta da Giacinto della Cananea e Mauro Bussani
presso la Oxford University Press

1. *The Liability of Public Authorities in European Law*
2. *Administrative Justice in Europe: Fin-de-siècle. Early Standards of Judicial Review (1890-1910)*
3. *Judicial Review of Administrative Action in Europe: Procedural Fairness and Propriety*
4. *Administrative Limitations of Property Rights in Europe*
5. *The Influence of the Austrian Codification of Administrative Procedure in Europe*
6. *General Principles and Sector-specific Rules in European Law*
7. *Administrative Rule-making and Planning in Europe*
8. *The Constitutional Dimension of Administrative Law in Europe*
9. *The Influence of European Administrative Laws Abroad*

INDICE DEI NOMI*

- | | |
|---|--|
| <p>ACEMOGLU D.: 7
 ACKERMANN B.: 3
 ADAMS M.: 527
 ALLOTT A.N.: 58
 ALPA G.: 61
 ANDENAS M.: 63, 117
 ANTHONY G.: 53
 ARNOLD R.: 514
 ASSA N.: 191
 AUBY J.B.: 100, 129, 132
 AUBY J.M.: 83, 249, 321,
 361
 AUCOC L.: 21
 BACHOF O.: 75, 315
 BADURA P.: 134, 184
 BARANGER D.: 176
 BARNÈS J.: 137
 BARRY H.: 353
 BASSANI A.: 220
 BATBIE A.: 67
 BATTINI S.: 206
 BEATSON J.: 446
 BEAUD O.: 94
 BEAUMONT P.: 427
 BELL J.: 65, 117, 329, 333,
 338, 374, 396, 398
 BELLIVIER F.: 476</p> | <p>BENTHAM, J.: 500
 BENVENUTI F.: 92, 513
 BERLE A.A.: 9
 BERMANN G.: 79, 132, 355
 BIEBER R.: 102
 BIGNAMI F.: 3, 430
 BIGOT G.: 75, 171
 BIN R.: 311
 BINGHAM H.W.R.: 380
 BIRKINSHAW P.: 326, 529
 BJORGE E.: 63
 BLACKSTONE: 357
 BÖCKENFÖRDE E.W.: 521</p> <p>BOGDANOR V.: 521
 BOMHOFF J.: 527
 BONNARD R.: 124, 272
 BOUGHEY J.: 65
 BOULOUIS J.: 104
 BRADLEY A.W.: 338, 374, 485
 BRAIBANT G.: 390
 BREWER-CARIAS A.: 549
 BRUMM N.D.S.: 481
 BRUNIALTI A.: 29
 BURKE E.: 499
 BUSSANI M.: 3, 114, 119,
 120, 144, 145</p> |
|---|--|

* Il numero indica la prima nota in cui appare ogni pubblicazione citata di ciascun autore o editore.

CALASSO F.: 437
 CAMMEO F.: 206, 436
 CAMPION G.F.M.: 45
 CANE P.: 475
 CANNADA BARTOLI E.: 193
 CAPOGRASSI G.: 151
 CAPPELLETTI M.: 90
 CARACCILO A.: 543
 CARANTA R.: 129, 291, 336,
 434, 518
 CASSESE S.: 17, 60, 86, 97,
 101, 112, 130, 136, 140,
 150, 416, 436, 455, 492
 CERULLI IRELLI V.: 135,
 390, 521
 CHABOD F.: 165
 CHALINE J.P.: 194
 CHAPUS R.: 361, 402
 CHEMERINSKY E.: 356
 CHÉVALIER E.: 105
 CHEVALLIER J.: 121, 454
 CHIRULLI P.: 100
 CHITI M.P.: 45, 94, 99, 100,
 101, 105, 398
 CHOUDRY S.: 447
 CLARICH M.: 325, 331, 362,
 400
 CLAVERO AREVALO M.: 266
 COHEN-TANUGI L.: 14
 COMPORTI G.D.: 329
 CONSTANT B.: 319
 CORPACI A.: 221
 CORSO G.: 272, 407
 CORTESE F.: 396
 COSTA D.: 399
 CRAIG P.: 47, 48, 50, 93,
 146, 311, 530
 CROCE B.: 323, 448
 D'ALBERTI M.: 60, 65
 DAGRON S.: 200
 DARESTE R.: 6
 DAVID R.: 59, 69, 462
 DAVIS K.C.: 10, 354
 DE LUCIA L.: 100
 DE PRETIS D.: 395
 DE SMITH, S.A.: 58
 DE TOCQUEVILLE A.: 5, 13,
 17
 DEAN C.A.: 155
 DEGUERGUE M.: 347
 DEHOUSSE R.: 100, 163
 DELLA CANANEA G.: 62, 65,
 241, 525
 DELVOLVÉ P.: 1
 DENNINGER E.: 350
 DICEY A.V.: 38, 167, 352,
 474
 DICKSON J.: 91
 DIEZ- PICAZO L.M.: 281
 DIMAGGIO P.J.: 492
 DOBEL, J.P.: 450
 DOODLE M.W.: 176
 DRAGO R.: 408
 DUBOS O.: 62
 DUGUIT L.: 23, 227
 DUTHEIL DE LA ROCHÉRE J.:
 100
 EHLRICH L.: 271
 EISENMANN C.: 361
 ELEFTHERIADIS P.: 91
 ELLIOTT M.: 384
 ERRERA P.: 197

ESCARRAS J.C.: 190
 FAIRGRIEVE D.: 117, 340
 FALCON G.: 62, 93, 396
 FAVOREAU L.: 304
 FENYES A.: 334
 FEOLA R.: 203
 FERNANDEZ S.: 76
 FERRARA L.: 362
 FERRARI G.: 391
 FERRARI ZUMBINI A.: 229
 FIORENTINO L.: 416
 FLEINER F.: 35
 FLEMING J.E.: 128
 FLOGAITIS S.: 60
 FORSTHOFF E.: 34
 FOUCAULT M.: 302
 FRANCHINI C.: 100
 FRANKENBERG G.: 504
 FRANKFURTER F.: 8
 FREGOSO E.: 203
 FREUND E.: 28
 FRIEDMANN W.: 510
 FROMONT M.: 1, 3, 83, 102,
 132, 546
 GALABERT M.: 512
 GALETTA D.U.: 412
 GAMBARO A.: 37
 GAMERO CASADO E.: 76
 GARCIA DE ENTERRIA E.:
 12, 192, 240, 266, 309,
 339, 364, 486
 GARCIA LUENGO J.: 413
 GARCÍA PÉREZ M.: 394
 GARNER J.F.: 88
 GAUDEMET Y.: 76
 GELLHORN E.: 132
 GERBER D.: 62
 GIANNINI M.S.: 4, 27, 183,
 204, 317, 439, 454, 463,
 465
 GILEAD I.: 344
 GINSBORG T.: 550
 GIRON A.: 307
 GLENN H.P.: 473
 GNEIST R.: 29
 GOHIN O.: 339
 GONOD P.: 21, 327
 GOODNOW F.J.: 42, 73
 GORDLEY J.: 505
 GORLA G.: 139, 473, 525
 GRECO G.: 101, 108
 GRIFFITH J.A.G.: 296
 GRIFFITHS J.: 527
 GRILLER S.: 112
 GUTMAN K.: 96
 HABERLE P.: 107
 HARDEN I.: 54
 HARLOW C.: 55, 113, 288,
 296, 336, 371, 492, 538
 HART H.L.A.: 425
 HATHAWAY O.: 499
 HAURIOU M.: 1, 30, 213,
 250, 284, 286, 299
 HAUT F.: 484
 HERLITZ N.: 187
 HESPANHA A.M.: 138
 HEUKELS T.: 427
 HIMSWORTH C.: 492
 HOROWITZ M.: 447
 HOWSE R.: 497
 HUBER P.: 109, 169

IOANNIDIS M.: 532
 ISAAC G.: 135

 JAFFE L.J.: 131
 JANSEN N.: 118
 JELLINEK G.: 443
 JENNINGS I.: 8, 43
 JÈZE G.: 41
 JOERGES C.: 100
 JOHNSON S.: 7
 JOWELL J.: 46, 49, 521

 KADELBACH S.: 100
 KAHN-FREUND O.: 143, 447
 KARNER E.: 334
 KARPEIN U.: 374
 KAUFMANN E.: 34
 KELLER H.: 98
 KELLY J.M.: 114
 KOOPMANS T.: 518
 KOZIOL H.: 334
 KUHN T.: 450

 LAFERRIÈRE E.: 70
 LAGRANGE M.: 92
 LANGFORD K.: 202
 LANGROD G.: 514
 LASKI H.: 324
 LASSAR G.: 200
 LAVAGNA C.: 127
 LAWSON F.H.: 56, 503
 LECOINTRE G.: 476
 LE YONCOURT T.: 526
 LEFAS A.: 506
 LE GOFF J.: 323
 LEGRAND P.: 119, 451
 LENAERTS K.: 96

 LESTER A.: 49
 LETOURNER M.: 408
 LEVY D.: 74
 LEWIS N.: 54
 LEYLAND P.: 53
 LINDSETH P.: 97
 LIEVENS R.: 502
 LIVINGSTON R.: 149
 LOCHAK D.: 121, 302, 386
 LOMBARDI G.: 140
 LOUGHLIN M.: 123, 503
 LOUIS J.V.: 95
 LUHMANN N.: 126
 LUIS J.P.: 445
 LYONS C.: 427

 MAITLAND F.W.: 149, 324
 MANNONI S.: 16
 MANNORI L.: 4
 MANTELLINI G.: 278
 MARCHETTI B.: 100
 MARIQUE Y.: 208
 MASHAW J.: 28, 423
 MASSERA A.: 127, 135, 516
 MATHIJSEN P.: 349
 MATTARELLA B.G.: 284
 MATTEI U.: 3, 114, 120, 144
 MATTHWES J.: 108
 MAYER J.P.: 5
 MAYER O.: 33, 34
 MAZZAMUTO M.: 176, 262
 MCCORMICK C.: 208
 MELIS G.: 152
 MELLERAY F.: 21, 96, 516
 MENY Y.: 203
 MERCEY A.: 526
 MERCIER J.: 207

MERRYMAN J.H.: 140, 171
 MERUSI F.: 66, 76, 137, 203,
 362, 516
 MESTRE A.: 182, 436
 MESTRE J.L.: 6, 21
 MEYER J.W.: 492
 MICHENER R.: 352
 MIELE G.: 75, 172
 MITCHELL D.B.: 84, 296
 MONTI A.: 367
 MORSTEIN MARX F.: 347
 MORTATI C.: 482
 MOSLER H.: 117, 159
 MOTZO G.: 82
 MUSCAT H.: 333

 NAPOLITANO G., 65, 528
 NATALINI A.: 105
 NIGRO M.: 205, 217, 387

 OLIPHANT K.: 117
 OLIVER D.: 49, 469, 521
 ORESTANO R.: 151
 ORLANDO V.E.: 27, 172,
 173, 189, 442
 ORSI BATTAGLINI A.: 317
 ORTEGA ALVAREZ L.: 266

 PADOA SCHIOPPA F.: 104,
 323
 PALMER V.: 348
 PARISIO V.: 413
 PARKER R.: 513
 PASTORI G.: 133, 552
 PERELMAN C.: 96
 PÉREZ-PERDOMO R.: 140
 PERNICE I.: 112

 PESCATORE P.: 96
 PETIT J.: 211
 PFANDER J.E.: 337
 PFERSMANN O.: 79
 PINO G.: 311
 PIZZORUSSO A.: 109, 140
 PLANTEY A.: 434
 POSNER E.A.: 550
 POUND R.: 10, 80
 POUYAUD D.: 493
 POWELL W.W.: 492
 PROSSER T.: 135
 PROUST S.: 476

 RADFORD M.: 45
 RAWLINGS R.: 55, 538
 REBUFFA G.: 445
 REICH C.A.: 407
 REIMANN M.: 65, 68
 RENNA M.: 413
 RHEINSTEIN M.: 143
 RIDOLA P.: 532
 RITTER G.: 169
 RIVERO J.: 59, 65, 87, 89,
 90, 182, 295, 503
 ROBINSON G.O.: 132
 ROBINSON J.: 7
 ROBSON W.A.: 44
 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
 J.: 394
 ROMANO S.: 1, 279, 299,
 388, 401, 456, 470
 ROSE-ACKERMAN S.: 97, 482
 ROSENBERRY M.B.: 9
 ROSSI G.: 66
 ROSSI J.: 153
 ROTELLI E.: 66

- ROWAN B.: 492
 RUFFERT M.: 518
 RÜFNER W.: 374
 RUMPF H.: 366

 SACCO R.: 37, 115
 SAJO A.: 420
 SALANDRA A.: 72
 SANDULLI M.A.: 130, 525
 SANDULLI A.: 66, 263, 416
 SCARCIGLIA R.: 64, 516
 SCHAFFER H.: 513
 SCHLESINGER R.B.: 79, 113,
 142
 SCHMIDT-ABMANN E.: 160,
 200, 423
 SCHMITT C.: 15, 453, 543
 SCHNEIDER J.P.: 1
 SCHUBERT G.A.: 379
 SCHWARTZ B.: 472, 510
 SCHWARZE J.: 88, 93
 COCA F.G.: 183, 220, 413
 SEARLE R.: 476
 SHAPIRO M.: 52, 120, 297
 SMITH E.: 446
 SMITH A.: 320
 SNYDER F.G.: 88
 SOLEIL S.: 526
 SOMMA A.: 434
 SORACE D.: 338, 346, 385
 SORDI B.: 4
 SORDI B.: 4, 220
 SPATTINI G.C.: 203
 SPATTINI G.C.: 203
 SPAVENTA S.: 203
 STEWART R.B.: 131, 467, 482
 STIRN B.: 492

 STOLLEIS M.: 152
 STOLLEIS M.: 306
 STONE SWEET A.: 98, 108,
 302, 534
 STREET H.: 338
 SUNKIN M.: 45
 SUNSTEIN CR.: 550

 TAGGART M. (ED.): 483
 TANQUEREL T.: 330
 TEBBE N.: 447
 TEISSIER G.: 273
 TEZNER F.: 440
 THOMAS R.: 382, 384
 TIB J.: 427
 TORCHIA L.: 341
 TRAVI A.: 125, 363, 446
 TRIDIMAS T.: 96
 TSAI R.L.: 447
 TUSHNET M.: 3
 TWINING W.: 507

 USHER J.A.: 488

 VACCHELLI G.: 189
 VALCKE C.: 161
 VAN CAENEGEM R.: 302
 VATTEL E.: 496
 VAN GERVEN W.: 117
 VEDEL G.: 1, 521
 VICO G.B.: 433
 VILLA V.: 311
 VINOGRADOFF P.: 246
 VIRALLY M.: 366
 VICENS VIVES J.: 165
 VOGENAUER S.: 50
 VON BOGDANDY A.: 94, 532

VON HAYEK F.A.: 312
VON SAVIGNY F.K.: 431

WADE H.W.R.: 48, 47²

WAGNER W.J.: 375

WALDRON J.: 128

WALKER N.: 132, 427

WALTON F.P.: 358

WATSON A.: 447, 507

WEATHERILL S.: 50

WEAVER R.M.: 479

WEBER M.: 29, 170

WEIDEMANN L.: 233

WEIL P.: 493, 512

WEILER J.H.H.: 91, 104

WERRO F.: 348

WHITMAN J.: 522

WIDDERSHOVEN R.J.: 49²

WIENER C.: 134

WILHELM W.: 437

WILKINSON M.A.: 176

WOOLF H.K.: 45

WORTMAN R.: 191

WRIGHT V.: 203

YOLKA P.: 21

ZANOBINI G.: 456

ZARTNER D.: 475

ZIAMOU T.: 54²

ZILLER J.: 65, 100, 112, 338

ZIMMERMANN R.: 65, 118



INDICE DELLE RIVISTE

<p><i>Act. jur. dr. adm.</i> <i>Adm. L. Rev.</i> <i>Adm. Púb.</i> <i>Am. Bar Assoc. J.</i> <i>Am. J. Comp. L.</i> <i>Am. Law. Reg.</i> <i>Am. Pol. Sc. Rev.</i> <i>Am. Sociol. Rev.</i> <i>Am. J Sociol.</i> <i>AFDI</i></p> <p><i>Ann. hist. Rev. fr.</i> <i>ASTRID – Rassegna</i> <i>Brook. J. Int'l L.</i> <i>Cambridge L. J.</i> <i>Central Eur. Hist.</i> <i>Colum. J. Eur. L.</i> <i>Colum. L. Rev.</i> <i>Dir. amm.</i> <i>Dir. proc. amm.</i> <i>Dir. pubbl.</i> <i>Dir. soc,</i> <i>Economica</i> <i>Eur. L. J.</i> <i>Eur. L. Rev.</i> <i>Eur. Rev. Publ. Law</i> <i>Foro it.</i> <i>Harv. Int'l L.J.</i> <i>Harv. L. Rev.</i> <i>Int'l & Comp. L. Q.</i></p>	<p><i>Actualité juridique Droit administratif</i> <i>Administrative Law Review</i> <i>Revista de Administración Pública</i> <i>American Bar Association Journal</i> <i>American Journal of Comparative Law</i> <i>The American Law Register</i> <i>American Political Science Review</i> <i>American Sociological Review</i> <i>American Journal of Sociology</i> <i>Annales historiques de la Révolution française</i> <i>Annuaire français de droit international</i> <i>ASTRID – Rassegna</i> <i>Brooklyn Journal of International Law</i> <i>Cambridge Law Journal</i> <i>Central European History</i> <i>Columbia Journal of European Law</i> <i>Columbia Law Review</i> <i>Diritto amministrativo</i> <i>Diritto processuale amministrativo</i> <i>Diritto pubblico</i> <i>Diritto e società</i> <i>Economica</i> <i>European Law Journal</i> <i>European Law Review</i> <i>European Review of Public Law</i> <i>Il Foro italiano</i> <i>Harvard International Law Journal</i> <i>Harvard Law Review</i> <i>International and Comparative Law Quarterly</i></p>
--	---

<i>It. J. Publ. L.</i>	<i>Italian Journal of Public Law</i>
<i>Ius Publicum Network</i>	<i>Ius Publicum Network</i>
<i>J. Comp. Leg.</i>	<i>Journal of Comparative Legislation and International Law</i>
<i>J. Law & Soc.</i>	<i>Journal of Law and Society</i>
<i>J. Pol.</i>	<i>Journal of Politics</i>
<i>J. Afr. L.</i>	<i>Journal of African Law</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique</i>
<i>Law & Cont. Probl.</i>	<i>Law and Contemporary Problems</i>
<i>Law & Hist. Rev.</i>	<i>Law and History Review</i>
<i>Law Q. Rev.</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
<i>Le carte e la storia</i>	<i>Le carte e la storia</i>
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>Minn. Law Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
<i>Modern L. Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>
<i>N.Y.U. L. Rev.</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>Ox. J. Leg. St.</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
<i>Pol. Sc. Quart.</i>	<i>Political Science Quarterly</i>
<i>Public Adm. Review</i>	<i>Public Administration Review</i>
<i>Public Law</i>	<i>Public Law</i>
<i>Quad. fior.</i>	<i>Quaderni fiorentini</i>
<i>Queen's L.J.</i>	<i>Queen's Law Journal</i>
<i>Ratio Juris</i>	<i>Ratio Juris</i>
<i>Regulation</i>	<i>Regulation</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>La Revue administrative</i>
<i>Rev. Eur. Adm.</i>	<i>Review of European Administrative Law</i>
<i>Rev. fr. adm. Publ.</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>Rev. fr. dr. adm.</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>Rev. gén. dr.</i>	<i>Revue générale du droit</i>
<i>Rev. hist.</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. it. dir pubbl. com.</i>	<i>Rivista italiana di diritto pubblico comunitario</i>

<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>
<i>Sc. & Pol.</i>	<i>Scienza & Politica</i>
<i>Soc. dir.</i>	<i>Sociologia del diritto</i>
<i>Stanford L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>Eur. Lawyer J.</i>	<i>The European Lawyer Journal</i>
<i>U. of Toronto L.J.</i>	<i>University of Toronto Law Journal</i>
<i>Un. Pennsylvania L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>Univ. Chicago L. Rev</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>Univ. Miami I</i>	
<i>nter-American L. Rev</i>	<i>University of Miami Inter-American Law Review</i>
<i>Va. L. Rev.</i>	<i>Virginia Law Review</i>
<i>Yale L. J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>



INDICE DELLE SENTENZE

Corte di giustizia dell'Unione europea

Corte di giustizia, sentenza 14 ottobre 2014, causa C-611/12, *Giordano c. Commissione*: 369

Corte di giustizia, sentenza 18 marzo 2000, cause riunite C-317-9/08, *Alassini e.a. c. Telecom*: 383

Corte di giustizia, 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn c. Licensing Authority*: 417

Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Franovich c. Bonifaci*: 335

Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*: 104

Corte di giustizia, 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*: 488

Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*: 109

Corte di giustizia, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Algera e.a. c. Assemblea Comune della CECA*: 410

Corte di giustizia, 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*: 487

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 ottobre 1998, ricorso 23452/94, *Osman c. Regno Unito*: 367

Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2012, ricorso n. 38433/09, *Centro Europa 7 c. Italia*: 411

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 ottobre 2000, ricorso n. 30210/96, *Kudla c. Polonia*: 399

* Il numero indica la nota in cui è citata la sentenza.

Austria

Reichsgericht 1877: 292

Corte amministrativa imperiale, sentenza 24 ottobre 1884,
n. 2263: 256

Corte amministrativa imperiale, sentenza 10 novembre
1894 n. 8150: 257

Corte amministrativa imperiale, sentenza 13 maggio 1905,
n. 3544: 230

Belgio

Tribunale di Bruxelles, 3 dicembre 1907: 254

Germania

Alta Corte Amministrativa del Württemberg, 7 ottobre
1896: 234

Alta Corte Amministrativa della Sassonia, 15 luglio 1903: 235

Alta Corte Amministrativa della Sassonia, 24 ottobre 1908: 259

Alta Corte Amministrativa della Prussia, 10 maggio 1897: 236

Alta Corte Amministrativa della Baviera, 30 marzo 1903: 258

Corte del Baden, 20 novembre 1901: 259

India

Indian Supreme Court, 30 settembre 1956, *New Prakash
Transport Co. Ltd vs. New Suwama Transport*: 247

Alta Corte di Calcutta, 1° novembre 1967, *Wiseman vs Borne-
man and Others*: 247

Inghilterra

*House of Lords, Inland Revenue Commissioners v National Feder-
ation of Self-Employed and Small Business* (1982): 45

House of Lords, O'Reilly v Mackman (1983): 398

House of Lords, Anns v Merton London Borough Council (1978):
360

House of Lords, Board of Education v Rice (1911): 245

House of Lords, R. v Nicholson (1899): 237

Corte di appello, *Hopkins and Another v Smethwick Local Bo-
ard of Health* (1890) 24: 243

House of Lords, Spackman v. Plumstead District Board of Works
(1885): 301

House of Lords, R. v Groom and Others, ex p Cobbold and Others
(1901): 239

Corte di appello, *Fisher v Jackson* (1891): 244

Chancery Court, Raleigh v Goschen (1898): 288

Italia

Corte di Cassazione, Roma, sez. un., 26 marzo 1909: 290

Corte di Cassazione, Napoli, 23 agosto 1904: 290

Corte di Cassazione, 16 maggio 1898: 253

Corte di Cassazione, Roma, 7 maggio 1880: 265

Consiglio di Stato, sezione IV, 6 maggio 1980, n. 504: 416

Consiglio di Stato, sezione IV, decisione 12 agosto 1891, *Comune di Arpino*: 220

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione 29 dicembre 1895,
n. 423: 263

Consiglio di Stato, decisione *Carnevale* (1896): 264

Francia

Conseil Constitutionnel, 30 marzo 2006 n. 535: 405

Tribunal des conflits, 15 febbraio 1890: 226

Tribunal des conflits, 8 febbraio 1873: 274

Conseil d'État, 3 novembre 1971: 406

Conseil d'État, 17 febbraio 1905, *Auxerre*: 285

Conseil d'État, 10 febbraio 1905, *Tomaso Grecco*: 285

Conseil d'État, 6 febbraio 1903, *Terrier c/ Département de Saône-et-Loire*: 212

Conseil d'État, 11 dicembre 1903, *Sieur Lot*: 225

Conseil d'État, 13 dicembre 1889, *Cadot*: 223

Stati Uniti

Corte Suprema

Alden v. Maine (1999): 356

Seminole Tribe v. Florida (1996): 356

Gibbons v. United States (1871) [7 Ct. Cl. 105 (1871)]: 351

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019
dalla *Vulcanica srl* - Nola (Na)