



Come ricordava Constantinesco, infatti, lo studio di un termine da comparare presuppone la conoscenza delle fonti dell'ordinamento studiato e della loro gerarchia<sup>48</sup>, con l'avvertenza che «in ogni ordinamento ciascuna fonte possiede funzioni, caratteristiche e sfumature proprie». L'esistenza di una regola formale sul procedimento amministrativo, ad esempio, non implica necessariamente che la garanzia di quella regola operi (o non operi) allo stesso modo in due ordinamenti con una diversa forma di governo e/o di Stato. La conoscenza della gerarchia delle fonti in un determinato ordinamento rappresenta, dunque, un elemento determinante che incide sulla scelta dei metodi per la comparazione<sup>49</sup>. Per la scelta dei Paesi da analizzare, si è cercato di individuare quelli più significativi nelle diverse aree, tenendo conto delle principali dinamiche geopolitiche e della maggiore incidenza nelle politiche trans-nazionali o a livello globale, pur rendendosi conto della sicura soggettività della scelta, come accade, del resto, in tutte le analisi comparative.

Da questo punto di vista, ci è sembrato utile considerare anche quei pochi Paesi, inquadrabili nel modello di *Socialist law*, come la stessa Cina, il Vietnam e la Corea del Nord con riferimento al continente asiatico, o Cuba in America Latina, per le loro peculiarità e le trasformazioni del modello originario. Ma tutto questo fa parte del profilo dinamico del diritto amministrativo<sup>50</sup>.

In un capitolo conclusivo, cercherò di svolgere alcune considerazioni sul piano comparatistico tenendo conto delle risposte alle *research questions*, in modo da mettere in luce se esistano elementi strutturali comuni da inserire in un insieme intersezione, anche in una dimensione profonda dove non è sempre facile individuare un *common core*, soprattutto, dove continue trasformazioni delle singole strutture e delle relazioni che ne stanno alla base li rendano difficilmente riconoscibili<sup>51</sup>.

Nel corso di questo viaggio di conoscenza durato molti anni – e iniziato alla Spisa dell'Università di Bologna con Luciano Vandelli, agli inizi

---

<sup>48</sup> L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 152.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>50</sup> P. DALY, *Administrative Law: Characteristics, Legitimacy, Units*, in *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, Faculty of Law, 2017, n. 2, p. 2.

<sup>51</sup> Per tale prospettiva, v. M. BUSSANI, *Strangers in the Law: Lawyer's Law and Other Legal Dimensions*, in *Cardozo Law Review*, 2019, vol. 40, pp. 3125-3184; R. SCARCIGLIA, *The Silent Language: From Chthonic Law to Global Legal Pluralism*, in R. SCARCIGLIA and W. MENSKI (eds.), *Normative Pluralism and Religious Diversity: Challenges and Methodological Approaches*, Milano, Kluwer-Cedam, 2018, pp. 39-56; v. anche L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 272.

degli anni Novanta – ho contratto numerosi debiti con molte persone, che ringrazio per i preziosi consigli, la lettura di parti del testo, le annotazioni critiche, i materiali ricevuti, gli scambi di opinioni personali e, in particolar modo, gli incoraggiamenti, senza i quali non avrei potuto scrivere questo volume: Mohamed Aboubakr, Frederica Ahwireng-Obeng, Migai Akech, Ali Akar, Michael Asimow, Jan-Bernard Auby, Mustapha Ben Letaief, Roberto Blanco Valdés, Janina Boughey, Allan Brewer-Carias, Ignazio Castellucci, Felice Casucci, Ivo Dantas, Guerino D’Ignazio, Daniele Donati, Elena D’Orlando, Mahmoud Elsaman, Giovanna Endrici, Gianluca Gardini, Asuman Goksel, Andrew Harding, Cora Hoexter, Narufumi Kadomatsu, Nilay Yavuz, Peter Leyland, Stefan Lilic, Marco Magri, Neysun A. Mahboubi, Dmitry Maleshin, Teresa Massas, Andri Matilla Correa, Werner Menski, Laura Montanari, John K.M. Ohnesorge, Burak Öztürk, Randall Peerenboom, Otto Pfersmann, Paola Piras, Krisztina Rozsnyai, Anna Shashkova, Sara Silvestri, Caterina Severino, Thierry Tanquerel, Claudia Tubertini, Yılmaz Üstüner, Jaime Vernet, Henrik Wenander, Ozan Zengin, Elena Valentina Zonca, Bruna Žuber.

Un grande e sentito ringraziamento va a Elio Casetta, Giuseppe Morbidelli e Fabio Alberto Roversi Monaco, che hanno voluto ospitare questa ricerca sul diritto amministrativo comparato nella Collana *Sistema del diritto amministrativo italiano*.

Vorrei anche ricordare il debito contratto con alcuni studiosi italiani che hanno tracciato il percorso della comparazione in diritto amministrativo, come Sabino Cassese, Marco D’Alberti, Giacinto della Cananea, Giuseppe Franco Ferrari e Giulio Napolitano.

Per concludere, vorrei ringraziare Mirella Panatero, della Casa Editrice Giappichelli, per la cortesia e la pazienza dimostratami in questi anni nel sostenere i momenti di difficoltà nell’avanzamento della scrittura del *Volume*.

Errori e omissioni sono esclusivamente a me imputabili.

Il libro è dedicato alla cara memoria di Luciano Vandelli, Maestro incomparabile.



PARTE I  
**PROFILI METODOLOGICI**



## ALLE ORIGINI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

### SOMMARIO

1. Amministrazione pubblica e diritto amministrativo. – 2. Alle origini della comparazione in diritto amministrativo. – 3. Geografia e sistemi di diritto amministrativo. – 4. Il diritto amministrativo "oltre lo Stato". – 5. Il diritto amministrativo comparato.

### 1 Amministrazione pubblica e diritto amministrativo

Il diritto amministrativo rappresenta una scienza recente, un «frutto tardivo della storia»<sup>1</sup>, il prodotto dall'accumulo di elementi eterogenei sedimentati nel tempo, e, fra questi, in particolar modo, le decisioni giurisprudenziali<sup>2</sup>. Nonostante il dibattito dottrinale sulle origini antiche – risalenti al diritto romano, come alla democrazia ateniese – si è portati a ritenere che il diritto amministrativo, nel senso in cui oggi lo consideriamo, abbia avuto origine nel XVIII secolo, per affermarsi, poi, nel successivo XIX secolo<sup>3</sup>. Anche se le origini del diritto amministrativo sono ancora oggetto di controversie<sup>4</sup>, lo studio delle forme storiche di ammini-

<sup>1</sup> N. GHOSE, *Comparative Administrative Law*, Calcutta-London, Butterworth, p. 1.

<sup>2</sup> F. BOURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 19; J.L. MESTRE, *L'histoire du droit administratif*, in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (sous la direction de), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, I, p. 46.

<sup>3</sup> J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1279 ss. V., anche, C.S. LOBINGIER, *The Historical Background of Administrative Law: The Inquest Procedure*, in *Notre Dame Lawyer*, 1940, pp. 29-46, il quale metteva in luce come le prime procedure amministrative riguardavano inchieste o forme di inquisizione: cfr. H.S. MAINE, *Early Law and Custom*, London, J. Murray, 1891, p. 389; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, Methuen, 3<sup>rd</sup> ed., 1922, I, p. 316.

<sup>4</sup> B. SORDI, *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH and B. EMERSON, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 23.



strazione e di Stato ha costituito, in ogni caso, un valido ausilio per comprendere le origini del diritto amministrativo moderno, anche nei Paesi extraeuropei: dalle monarchie in epoca feudale – come, ad esempio, quelle dell'impero persiano, dei grandi Stati maomettani, degli imperi *Manciù* in Cina e degli *Shogun* in Giappone – e post-feudale, dalle città alle comunità rurali dell'Europa medioevale, dalla Repubblica di Venezia alle prime forme costituzionali di amministrazione<sup>5</sup>. Seguendo il pensiero di Rivero, si può affermare che la costruzione dei fondamenti dei diritti nazionali sia avvenuta progressivamente attraverso “fatti amministrativi” che hanno preceduto il sorgere del diritto amministrativo moderno<sup>6</sup>. All'interno delle diverse aree geografiche e nelle esperienze statuali, non solo del continente europeo, la prospettiva diacronica consente, peraltro, di mettere in luce fattori di originalità sui quali si sono successivamente innestati altri elementi, che hanno, poi, consentito il sorgere di insiemi relazionali fra amministrazioni e soggetti privati, sudditi prima e cittadini poi.

Da questo punto di vista, lo studio del diritto amministrativo consente anche di comprendere come le istituzioni siano «il frutto di un passato (o, meglio, di più passati, frequentemente reinterpretati) e il risultato di commistioni di ordinamenti diversi, tra i quali sono frequenti importazioni ed esportazioni»<sup>7</sup>. Per quanto riguarda, il diritto comparato, si può mettere in rilievo che chiunque si interessi di comparazione giuridica sviluppa un legame intenso con la storia. Frederic William Maitland, il padre degli storici inglesi, osservava che «*History involves Comparison*»<sup>8</sup>, ma è altrettanto vero che il comparatista guarda istintivamente con gli occhi di uno storico e, non solo, al diritto straniero, ma anche al proprio diritto e, dunque, «*Comparison involves History*», come ha sostenuto Gino Gorla<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Per un'ampia descrizione delle forme antiche di amministrazione, cfr. N. GOSE, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 7 ss. Cfr. anche A. HEIDBORN, *Manuel de Droit Public et Administratif de l'Empire Ottoman*, Vienne-Leipzig, C.W. Stern, II voll., 1908-1912. All'importanza dello studio delle amministrazioni pubbliche per il diritto comparato, v. J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1260. Per le forme storiche di Stato, v. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895-1896, pp. 24-54.

<sup>6</sup> J. RIVERO, *Cours de Droit Administratif Comparé*, Paris, Les Cours de droit, p. 33.

<sup>7</sup> S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 5.

<sup>8</sup> F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written*, in H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 1, 1911, p. 488.

<sup>9</sup> G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, tomo XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 932. V., in proposito, le riflessioni di H. PIHLAJAMÄKI, *Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 2018, vol. 66, n. 5, pp. 733-750.

A partire da questa stretta relazione, le analisi retrospettive non possono considerarsi storia del diritto, allo stesso modo in cui la storia del diritto non rappresenta l'oggetto primario delle analisi del comparatista, che osserva il fatto storico, al di là di classificazioni e concettualizzazioni, con libertà, senza pregiudizi, tanto se ha ad oggetto il diritto autoctono, quanto singole o più esperienze straniere. Ricercando le origini dei diritti amministrativi nazionali, non si può eludere questo approccio conoscitivo. Per fare un esempio, se si prende in considerazione l'evoluzione per gradi dell'ordinamento giuridico inglese dopo la battaglia di Hastings del 1066 – e l'importanza della creazione dei *Writ*s per tale costruzione – non desta sorpresa la tesi secondo cui il diritto amministrativo inglese troverebbe il suo fondamento nell'istituto del *Writ of Certiorari* e nel *Writ of Mandamus*<sup>10</sup>.

Come ha, dunque, avuto inizio la comparazione nel diritto amministrativo? Questo interrogativo accompagnerà il lettore nell'analisi di questo volume, e nel viaggio ideale attraverso paesaggi amministrativi di altri continenti.

Sul piano diacronico, si può qui ricordare che, ancor prima del formarsi di una scienza del diritto amministrativo negli Stati dell'Europa, i giuristi forensi continentali, ma anche quelli appartenenti alla famiglia di *common law*<sup>11</sup>, utilizzarono frequentemente la comparazione tra il XVI e il XVIII secolo. Si trattava di forme non ancora mature di comparazione, in assenza dell'apporto metodologico che la scienza giuridica avrebbe delineato solo dopo il Congresso di Parigi del 1900. Questo evento rappresentò il momento fondativo della scienza comparatistica moderna. Fra i simboli di questo grande avvenimento all'interno delle iniziative per l'Esposizione Universale vi fu il globo progettato dal geografo Elisée Reclus, che esprimeva l'idea di un viaggio intorno al mondo, sia sul piano sincronico che diacronico e dell'intimo legame dell'uomo con la terra<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> E.G. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law: Certiorari and Mandamus in the Seventh Century*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1963, p. 7.

<sup>11</sup> Osservava F. POLLOCK, citato da L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e R. FAVALE, Torino, 1996, p. 51, che: «il metodo comparativo ottiene in Inghilterra, nell'ambito nazionale e nella prassi, un successo paragonabile a quello conseguito in Francia, in Germania e più tardi in Svizzera, grazie ai giuristi che elaborano un "diritto comune" con l'ausilio delle consuetudini e dei diritti locali». Constantinesco ha tracciato una storia della comparazione in Inghilterra dalle origini sino a Lord Mansfield, con il quale, secondo lo studioso romeno, «effettivamente nasce[va] il diritto comparato inglese» in senso moderno.

<sup>12</sup> E. RECLUS, *L'homme et la terre*, Paris, Ed. Libr. Universelle, VI voll., 1905-1908.



Le attività di comparazione si erano indirizzate prevalentemente alla ricerca di concordanze tra i diritti di diverse regioni o Paesi, e costituivano la c.d. *communis opinio* o *praxis totius orbis (totius Europae)*, cui si attribuiva una grande importanza nella soluzione dei casi giudiziari controversi<sup>13</sup>, soprattutto nelle ipotesi in cui non vi era una regola da applicare per la loro risoluzione. Tale prassi era, talvolta, determinata dal frazionamento di territori in Europa – come nel caso dei principati tedeschi o degli stati italiani –, che, di fatto, erano troppo piccoli sia per sviluppare una legislazione sufficiente a costituire un modello esportabile, sia per essere oggetto di una sistematizzazione dottrinale di respiro internazionale<sup>14</sup>. Gli ordinamenti statuali tra il XVI e il XVIII secolo furono definiti “ordinamenti giuridici aperti”<sup>15</sup> per la loro caratteristica di far circolare e convergere i modelli, e tale processo fu favorito «in primo luogo, per la sostanziale identità di modelli, di metodi ed atteggiamenti»<sup>16</sup>. Se consideriamo, ad esempio, l'utilizzo del *case-law*, che riteniamo essere caratteristica del mondo di *common law*, potremmo constatare come, fra il 1600 e il 1750, la Francia avesse superato l'Inghilterra nel suo utilizzo<sup>17</sup>. Con l'illuminismo si sviluppò l'interesse per l'analisi comparata delle legislazioni straniere, con il fine prevalente di ispirare riforme o quanto meno di migliorare il diritto nazionale, e tale attività di studio e di ricerca delle concordanze proseguì sino alla metà del XIX secolo. Così, anche quando si assisteva a quel processo di chiusura negli ordinamenti continentali, con la conseguente frattura<sup>18</sup> dei meccanismi di circolazione del

---

<sup>13</sup> G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, XI, 1989, p. 12.

<sup>14</sup> J. RIVERO, *Droit administratif français et droit administratif étrangers*, in *Livre du centenaire de la société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 200.

<sup>15</sup> G. GORLA, *Diritto comparato*, cit., p. 12. V. le osservazioni di S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, I, 1997, p. 5.

<sup>16</sup> S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 463, il quale osserva come la sostanziale uniformità di fondo degli ordinamenti e la loro reciproca apertura erano possibili «grazie ad una concezione sovrastatale del diritto, impregnata di spirito transnazionale».

<sup>17</sup> J. BELL, *French Legal Cultures*, Cambridge, Cambridge University Press, Rep., 2001, p. 256; v., anche, J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1968, p. 337.

<sup>18</sup> Cfr. S. CASSESE, *Il problema della convergenza*, cit., 469, il quale, sintetizzando le diverse posizioni circa i motivi che portarono a tale frattura, osservava che uno dei motivi era

diritto europeo e – specialmente per quanto riguardava il diritto amministrativo – al delinarsi di una scienza giuridica con caratteri fortemente nazionali, la tensione dei giuristi verso la comparazione non diminuì.

Prima di affrontare lo studio del diritto amministrativo comparato, è opportuno, tuttavia, chiarire quale sia il significato di “diritto amministrativo” e se si possa dar luogo all’attribuzione di significati peculiari in relazione alle diverse aree geografiche ed esperienze costituzionali dei singoli Stati. La stessa considerazione varrebbe ove la definizione di “diritto amministrativo” fosse riferita alle sue origini o ai successivi sviluppi della disciplina sino ai giorni nostri.

Nella tradizione giuridica europea, ad esempio, l’uso del termine può, essere diversamente considerato all’interno degli ordinamenti di *civil law* oppure di *common law*? Come osserva Bell, nel primo caso, riguarda l’organizzazione amministrativa e gli organi esecutivi dello Stato, mentre nel secondo è maggiormente sinonimo di contenzioso amministrativo o di *judicial review of administrative action*<sup>19</sup>. La risposta a questa domanda potrà essere utile per comprendere quale ne sia l’origine, l’ambito di circolazione e i fatti giuridici (e non) che ne hanno preceduto l’esistenza formale, e la sua stessa definizione nella manualistica di ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche anche diverse da quelle di *Western Legal Tradition*. Nei paragrafi che seguono si utilizzeranno anche le espressioni “diritto amministrativo europeo” o “degli Stati europei” e “diritto amministrativo globale” delle quali è opportuno, sul piano definitorio, stipularne il significato. In ogni caso, i tentativi di analisi storica del diritto amministrativo sono condizionati da ricostruzioni e differenze a carattere “linguistico-concettuale”<sup>20</sup>, anche se, sul piano funzionale, questa eterogeneità potrebbe essere meno marcata<sup>21</sup>. La sua genealogia ha consentito di precisare la funzione e l’esistenza del potere amministrativo «come elemento costitutivo dello Stato sin dai suoi albori»<sup>22</sup>. Richiamando le parole di Foucault, si potrebbe «scoprire come in ogni inizio,

---

stato individuato nell’adozione del codice napoleonico che, insieme a altre codificazioni del XIX secolo, aveva escluso l’applicazione della *lex alius loci*.

<sup>19</sup> J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1261. V. anche il cap. XII, *Rule of Law compared with Droit Administratif*, di A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 8<sup>th</sup> ed., 1926, p. 324 ss.

<sup>20</sup> L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 5.

<sup>21</sup> Cfr. Sul punto J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1261.

<sup>22</sup> L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 10.



un principio di coerenza e l'abbozzo di un'unità futura, di dominare il tempo mediante un rapporto reversibile e sempre operante tra un'origine e una conclusione che non vengono mai dati»<sup>23</sup>. È, di conseguenza, certo che «l'espressione "diritto amministrativo" abbia cominciato a esistere molto, se non moltissimo tempo prima dell'invenzione della parola»<sup>24</sup>, come dato non verbalizzato che si aggrega per formare, nel tempo, una scienza<sup>25</sup>.

Se guardiamo all'esperienza francese, dove è nato il diritto amministrativo, l'espressione "*droit administratif*" è stata tradizionalmente definita come «l'insieme delle regole relative all'amministrazione che sta alla base del funzionamento dei servizi pubblici e dell'applicazione delle leggi»<sup>26</sup>. Secondo J.-L. Mestre, l'espressione "*droit administratif*" sarebbe comparsa per la prima volta durante il Direttorio, il 28 dicembre del 1798 – 8 Nevoso dell'anno VII – ad opera di Thomas Métivier, professore di legislazione all'École centrale de la Charente-Inférieure<sup>27</sup>. Tuttavia, la nascita vera e propria del diritto amministrativo è generalmente ricondotta al notissimo *arrêt Blanco* dell'8 febbraio 1873, con cui fu affermata dal Tribunale dei conflitti francese l'autonomia del diritto amministrativo dal diritto civile<sup>28</sup>.

Analoghe definizioni rispetto a quella elaborata in Francia sono proposte in dottrina per il *Verwaltungsrecht* tedesco, il *Derecho Administrativo* spagnolo e il diritto amministrativo italiano. Questa definizione trovava, altresì, corrispondenza nel primo studio sul diritto amministrativo inglese – quello di Rudolf von Gneist – secondo cui «il diritto amministrativo [...] abbraccia le leggi, le ordinanze e le consuetudini giuridiche,

<sup>23</sup> M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, trad. it. *L'archeologia del sapere*, Milano, Rizzoli, 1980, p. 30.

<sup>24</sup> L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 6.

<sup>25</sup> Si rinvia, in questa prospettiva, alle riflessioni di R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 24.

<sup>26</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Laros, 4<sup>a</sup> ed., 1900, p. 204. Definizioni simili sono rinvenibili in altri autori: cfr., esemplificativamente, P. TOUZAC, *Droit administratif*, Paris, P. Vicq-Dunod, 1897, p. 37; M.Th. DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, Paris, August Durand, 1881, p. 3, con particolare attenzione al rapporto con i cittadini e con gli organi dello Stato.

<sup>27</sup> J.-L. MESTRE, *Administration, justice et droit administratif*, in *Annales historiques de la Révolution française*, n. 328, avril-juin 2002, p. 8.

<sup>28</sup> In <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>. Per un'analisi della decisione, si rinvia a J. LUCHET, *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Paris, Librairie de Recueil Sirey, 1935.

con le quali viene regolato l'esercizio dei diritti della sovranità dello Stato, in modo obbligatorio per le autorità e per i sudditi»<sup>29</sup>. Questa definizione del diritto amministrativo, anche se con sfumature diverse, rappresenterebbe «un dato universale, presente in tutti sistemi giuridici, ivi compresi quelli di *common law*»<sup>30</sup>. Ma, spostandosi da una prospettiva teorica a un punto di vista operativo, possiamo renderci conto, attraverso l'impiego della metodologia comparativa, che le sintonie di questo «dato universale» devono essere inquadrare in un contesto più ampio, che è quello delle amministrazioni pubbliche dei singoli ordinamenti<sup>31</sup>. Ciò vale sia per gli ordinamenti di matrice occidentale, sia per altri sistemi giuridici come quelli dei Paesi dell'Africa o dell'Asia<sup>32</sup>. Qual è, di conseguenza, il ruolo del diritto amministrativo? A questo interrogativo si potrebbe rispondere in due modi diversi. Da una prima angolatura, il diritto amministrativo tenderebbe a delimitare e descrivere l'ordinamento giuridico dell'amministrazione pubblica, mentre, da altra prospettiva, il suo ruolo è quello di valutare criticamente, ma in senso costruttivo, l'amministrazione pubblica soprattutto alla luce del principio di legalità<sup>33</sup>.

## 2 Alle origini della comparazione in diritto amministrativo

La circolazione dei modelli e l'utilizzo della metodologia comparativa favorirono l'elaborazione delle prime opere sistematiche di diritto amministrativo comparato – come quella di Batbie<sup>34</sup> iniziata nel 1862 e quella

<sup>29</sup>R. VON GNEIST, *Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, Berlin, Springer, 1867, trad. it. *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* diretta da A. BRUNIALTI, Torino, Utet, 1896, p. 115. V., anche, J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1261.

<sup>30</sup>Y. GAUDEMET, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in M. D'ALBERTI (cur.), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 117.

<sup>31</sup>J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 1264.

<sup>32</sup>In questa prospettiva, cfr. Y. ZHANG (ed.), *Comparative Studies on the Judicial Review Systems in East and South-East Asia*, London-Boston, The Hague, 1992, p. 253.

<sup>33</sup>Così S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, p. 12.

<sup>34</sup>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 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 celles de la France avant 1789 et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon, Libraire du Conseil D'État, voll. I-VIII, 1862-1868.



di Goodnow<sup>35</sup> del 1893, cui si aggiunse agli inizi del secolo Brunialti<sup>36</sup> – che rappresentarono un primo tentativo di delineare i fondamenti di una scienza giuridica *in progress* e di isolare le principali convergenze tra diritti appartenenti a famiglie diverse, ma a ordinamenti comunicanti. Ciò che si può osservare nell’opera di Goodnow è soprattutto l’idea che il punto di partenza per la comparazione nel diritto amministrativo era quello di tracciare i confini di questa scienza<sup>37</sup>, che, sotto il profilo materiale, non era coincidente nei paesi appartenenti alle famiglie di *civil* e di *common law*. Goodnow manifestò l’intenzione di illustrare, da una parte, «*the methods of administrative organization adopted in [...] United States, England, France, Germany*» e di definire le relazioni con il diritto costituzionale e il diritto pubblico<sup>38</sup> e, dall’altra, delimitare la sfera dell’azione amministrativa, individuando le competenze dei corpi amministrativi, i diritti riconosciuti ai cittadini e le sanzioni per la loro violazione. Le opere di Goodnow e Batbie, pur contenendo molte e interessanti informazioni – secondo l’impostazione che anche Wigmore aveva dato al suo *A Kaleidoscope of Justice* – appaiono oggi metodologicamente inappaganti<sup>39</sup>. Manca in queste opere un’analisi di sintonie o dissonanze fra modelli diversi o istituti o regole, che, invece, può essere maggiormente ravvisabile negli studi di diritto amministrativo comparato pubblicati dagli studiosi e giudici indiani Dwarka Nath Mitter nel 1916<sup>40</sup> e Nagendra-

<sup>35</sup> F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, cit.

<sup>36</sup> A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella Scienza e nelle Istituzioni*, Torino, voll. I-II, 1912-1914.

<sup>37</sup> A. BATBIE, nelle considerazioni preliminari del suo *Traité*, cit., p. 23, afferma che «Le droit administratif [...] détermine les limites légales dans lesquelles l’autorité peut se mouvoir, à l’égard des intérêts particuliers».

<sup>38</sup> A rendere difficile la comparazione in diritto amministrativo ha contribuito la tradizionale dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, negata a lungo negli ordinamenti di *common law* e attualmente soggetta dalla dottrina a revisione critica: cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 207; O. KAHN-FREUND (ed.), *Common Law and Civil Law: Imaginary and real obstacles to assimilation*, in M. CAPPELLETTI (ed.), *Perspectives d’un Droit Commun de l’Europe*, Firenze, Le Monnier, 1978, p. 137 ss. V., anche, sul punto R. SCARIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 117.

<sup>39</sup> M. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. IV ed. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, p. 206, il quale rileva che queste opere erano «metodologicamente inappaganti per le ripetute forzature sulla pretesa omogeneità dei sistemi amministrativi nazionali che solo lo zelo dei neofiti aveva saputo cogliere». La materia era comunque oggetto di insegnamento negli Stati Uniti – l’edizione del 1902 di *Administrative Comparative Law* era stata pubblicata da Goodnow come edizione per gli studenti – e di approfondimento teorico nelle Scuole di Baltimora e di New York: cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit. 207.

<sup>40</sup> D.N. MITTER, *Comparative Administrative Law: With Special reference to the Organisation and Legal Position of the Administrative Authorities in British India. A Thesis for Ta-*

nath Ghose nel 1919<sup>41</sup>, in cui l'approccio comparativo investiva le forme antiche e moderne di amministrazione, lo studio delle fonti e dell'organizzazione amministrativa nell'India del periodo coloniale, con ampi riferimenti alle strutture costituzionali di Inghilterra, Francia e Stati Uniti. Come appare evidente in queste analisi, il quadro giuridico determinato dal diritto costituzionale assumeva particolare rilievo nella costruzione del diritto amministrativo nazionale.

A parte queste eccezioni, non vi fu un significativo sviluppo di studi comparativi, a differenza di quanto era, invece, accaduto per il diritto privato o il diritto costituzionale<sup>42</sup>, sino al XIX secolo in cui vi era stata una ripresa di studi a livello generale<sup>43</sup>, ritenuti «fonte preziosa per i cultori della comparazione»<sup>44</sup>. Questi studi si arrestarono, tuttavia, con l'affermarsi dello stato di diritto<sup>45</sup>, a conclusione della fase originaria della scienza amministrativa, ormai matura, non soltanto a esercitare «l'usuale metodo di approfondire la conoscenza di un ordinamento grazie all'esame di altri sistemi»<sup>46</sup>, ma pronta anche «a far emergere dall'analisi dei diversi ordinamenti comuni profili di organizzazione e di procedura, ed a poter parlare dell'amministrazione secondo quei criteri classificatori omogenei accettati per le altre branche del diritto»<sup>47</sup>.

---

*gore Lectures for 1917, containing the introductory lecture and the synopsis of the succeeding lectures*, Butterworth, Calcutta, 1916.

<sup>41</sup> N. GHOSE, *Comparative Administrative Law*, cit., part. p. 89 ss.

<sup>42</sup> Come è stato da più parti osservato, non vi sarebbe una relazione (almeno immediata) tra comparazione e diritto amministrativo nelle principali classificazioni utilizzate per definire la relazione tra comparazione e partizioni fondamentali del diritto: cfr. R. SACCO (ed.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980; M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 207.

<sup>43</sup> J. RIVERO, *Cour de droit administratif comparé*, cit.

<sup>44</sup> Sul punto, cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 207.

<sup>45</sup> M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 208. Sulla indeterminatezza del concetto di 'stato di diritto' per spiegare le origini del diritto amministrativo, vedi, tuttavia, le osservazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XII, 1964, p. 861, secondo cui «la locuzione aveva tanti significati onde ne era poco produttivo l'uso, e si constatò che spesso si chiamava Stato di diritto quello che aveva un diritto amministrativo, facendosi così solo una tautologia». V. anche le osservazioni di G. LOMBARDI, *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 84, che richiama i contributi di C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formula: Rechtsstaat*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1934, p. 388; P. BODDA, *Lo stato di Diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, Giuffrè, 1935.

<sup>46</sup> Che come osserva M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., 208, «di per sé non è comparazione».

<sup>47</sup> M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 208.



Ritornando alle origini del diritto amministrativo, si può sottolineare come la Rivoluzione francese abbia posto le basi per una scienza giuridica nuova – o quanto meno con caratteri strutturalmente diversi rispetto alle forme di amministrazione, pur esistenti, in periodo pre-rivoluzionario<sup>48</sup> – sviluppatasi con l'affermarsi degli stati moderni<sup>49</sup>, a partire dai Trattati di Westfalia. Anche Batbie<sup>50</sup>, nel suo *Traité*, sembrò avere presente la frattura tra Antico regime e Rivoluzione, individuando, nel passaggio da un regime ad un altro, l'affermarsi del principio di eguaglianza, quale conseguenza degli avvenimenti del 1789, giacché «*La Revolution eut pour mission principale de faire cesser toutes les distinctions*». Peraltro, la Dichiarazione del 1789, ponendo la legge al centro del sistema dei diritti, aveva favorito la nascita di un Diritto pubblico europeo e la «riconversione del sistema giuridico in un sistema di leggi»<sup>51</sup>. Partendo, proprio, da questo momento storico, Batbie sviluppò il confronto e la comparazione con altri ordinamenti<sup>52</sup>.

Nella prospettiva di fine secolo, sembravano non esserci fondamentali differenze «tra sistema italiano, francese, tedesco e inglese»<sup>53</sup>, come confermavano le interazioni tra le culture giuridiche e gli studi dei Maestri di fine secolo<sup>54</sup>, cui non era sfuggito il rilevante valore teorico del diritto

<sup>48</sup> Cfr. con riferimento ad origini più antiche del diritto amministrativo, L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Bocca, III, 1892, p. 10. La dottrina francese richiama la riorganizzazione di Carlo VI del 25 maggio 1413, come anche l'istituzione del *Conseil du Roi*, come archetipo del Consiglio di Stato francese.

<sup>49</sup> M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 184.

<sup>50</sup> A. BATBIE, *Traité*, cit., II, p. 3.

<sup>51</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

<sup>52</sup> A. BATBIE, *Traité*, cit., VII, p. 387.

<sup>53</sup> S. CASSESE, *La ricezione*, cit., p. 118.

<sup>54</sup> Cfr. F. CAMMEO, *Il diritto amministrativo degli Stati Uniti d'America*, in *Foro italiano*, 1895, IV, p. 81, e *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nord americano*, in *Studi Chioventa*, Padova, Cedam, 1927, p. 183.

A Cammeo fu dedicato il n. 22 (1993) dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. In particolare, cfr. M.P. CHITI, *Federico Cammeo comparatista*, *ibidem*, p. 531 ss., in cui l'A. metteva in evidenza come i più importanti lavori comparatistici di Cammeo siano dedicati al diritto inglese e al diritto americano e al formarsi in quei paesi del diritto pubblico, in un periodo in cui la scienza giuspubblicistica, a partire da Dicey, tendeva a negare l'esistenza di un diritto amministrativo nei paesi di *common law*. Il contributo di Cammeo non solo è culturalmente in avanti, ma ha il pregio di svolgere degli studi in parallelo tra il diritto tedesco e quello anglosassone: cfr. M.P. CHITI, *Federico Cammeo*, cit.

comparato<sup>55</sup>. A confermare, poi, lo straordinario parallelismo con cui gli ordinamenti europei si svilupparono, potrebbe essere sufficiente ricordare come il diritto amministrativo, inteso come autonoma scienza giuridica, sorse quasi contemporaneamente in Germania, Francia e Italia – sia pure con evoluzioni diverse – con l’affermarsi degli Stati nazionali. Nonostante tali premesse, che avrebbero fatto pensare ad una evoluzione nei processi di circolazione e recezione dei modelli, a cavallo dei due conflitti mondiali, si verificò l’arresto di questo processo ‘aperto’ – che aveva interessato anche la comparazione in diritto amministrativo<sup>56</sup> e i meccanismi di recezione<sup>57</sup> – e, soltanto alla fine del secondo conflitto mondiale, era ripreso in modo sistematico lo studio a livello generale e l’insegnamento universitario del diritto amministrativo comparato, prima in Francia e, successivamente, in altri ordinamenti continentali. L’atteggiamento di chiusura verso i diritti di altri paesi aveva rafforzato la tendenza ad utilizzare lo studio degli ordinamenti stranieri non con afflato comparatistico, ma con l’intento di rafforzare il convincimento della superiorità di un ordinamento rispetto ad un altro<sup>58</sup>, come della preferenza di un determinato istituto di diritto interno rispetto ad analoghi modelli presenti in ordinamenti stranieri<sup>59</sup>, riducendo così il lavoro del comparatista a una at-

---

<sup>55</sup> Si ricorda, in proposito, la conferenza di Cammeo a Cleveland (Ohio), nel 1918, per l’annuale *America Bar Association Conference*, di cui riferisce M.P. CHITI, *Federico Cammeo*, cit., p. 531.

<sup>56</sup> Affrontando il tema della comparazione nel diritto amministrativo, la dottrina non ha mancato di sottolineare l’importanza dell’analisi sia del profilo sincronico che di quello diacronico, che consente di cogliere l’evoluzione c.d. verticale degli istituti oggetto di analisi comparativa.

<sup>57</sup> Sulla recezione, cfr., sia pure con particolare attenzione al diritto romano, il capitolo ‘I giuristi e la recezione’ di P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, C.H. Beck, 1953 (trad. it. a cura di A. BISCARDI, con prefazione di F. CALASSO, *l’Europa e il diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1962, p. 366 ss., il quale si è soffermato a riflettere sulla posizione chiusa sviluppata dai giuristi di *common law* in corrispondenza con una loro maggiore organizzazione (anche attraverso l’insegnamento scolastico: *Law Schools make though law*). Egli osservava, con riferimento al XVI secolo, che la posizione di difesa dei giuristi inglesi derivava «non già dal fatto che lo spirito nazionale degli Inglesi fosse per avventura più fortemente sviluppato di quello degli altri popoli germanici e generasse quindi avversione contro il diritto romano in quanto straniero, come si dovrebbe presumere secondo la dottrina dei germanisti tedeschi».

<sup>58</sup> In proposito, con riferimento al pensiero di Dicey, il quale riteneva superiori le Corti inglesi al Consiglio di Stato francese, cfr. F.H. LAWSON, *The Comparison. Selected Essays*, II, in *European Studies in Law*, V, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Pub., 1977, p. 72.

<sup>59</sup> K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. I: *Grundlagen*, Tübingen, J.B.C. Mohr; trad. it. di B. POZZO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 53, i quali fanno riferimento, *in primis*, alle opere tedesche.



tività di commisurazione del diritto straniero agli stilemi del proprio diritto di origine<sup>60</sup>. Le ragioni di ciò risiedevano principalmente nell'impronta tipicamente nazionale che il diritto amministrativo<sup>61</sup> assunse con «il raggiungimento di un assetto europeo relativamente stabile, dell'apogeo dell'impero britannico, e della realizzazione dei primi compiuti modelli di amministrazione»<sup>62</sup>, con lo sviluppo delle legislazioni nazionali come fonte principale del diritto<sup>63</sup>, e la conseguente prevalenza di logiche di separatezza piuttosto che di convergenze.

A proposito del carattere nazionale assunto dal diritto amministrativo scriveva Rivero, in relazione alla Francia e del suo 'nationalisme étriqué', che «*les traités et les précis français ignorent à peu près totalement le reste du monde*<sup>64</sup>. [...] *Au contraire, nombre d'ouvrages étrangers, notamment espagnols, italiens, latino-américains, font à la comparaison de droit administratifs, à l'exposé des doctrines et des institutions étrangères, la plus large place*». Questo atteggiamento era strettamente legato anche a ragioni politiche e, in particolare, al consolidarsi di un diritto amministrativo strumentale al percorso di costruzione dei grandi Stati europei e della loro forma di governo. Peraltro, anche in relazione alla giustizia amministrativa, la dottrina aveva sottolineato la relazione con la forma di governo, e i diversi, conseguenti, sviluppi a seconda del peso delle componenti storico-politiche tipicamente nazionali<sup>65</sup>. Il processo di costruzione dei grandi stati contribuì a quel fenomeno di 'rottura' del diritto comune europeo, verificatasi nel XIX secolo, e che provocò «la concentrazione dell'interesse dei comparatisti sulla comparazione tra diritto nazionale e diritto straniero e la quasi confusione fra 'Diritto comparato' e la comparazione diritto nazionale-diritto straniero»<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> G. LOMBARDI, *Premesse*, cit., p. 31.

<sup>61</sup> M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 206; G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1996, p. XII.

<sup>62</sup> M. CHITI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 208.

<sup>63</sup> G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, cit., p. 12.

<sup>64</sup> J. RIVERO, *Droit administratif français*, cit., p. 199.

<sup>65</sup> G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto italiano (Discipline pubblicistiche)*, IV ed., Roma, Treccani, p. 571, secondo cui: «Le correlazioni tra ordinamenti, pur nell'articolata complessità della storia politico-istituzionale europea, vengono assumendo più vistosa evidenza all'incirca nell'ultimo quarto dell'800, allorché i sistemi di giustizia amministrativa sembrano subire un trend di marcata assimilazione».

<sup>66</sup> Su questo tema, cfr. G. GORLA, *Il diritto comparato in Italia e nel mondo 'occidentale' e una introduzione al «Dialogo Civil Law – Common Law»*, Milano, Giuffrè, 1983; ID., *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, vol. XI, p. 8.