

## CAPITOLO I

# Il diritto amministrativo dal XVIII al XXI secolo

SOMMARIO: 1. Le origini. Le varie ipotesi. L'importanza della Rivoluzione francese. – 2. I caratteri iniziali del diritto amministrativo. – 2.1. Il legame con lo Stato-nazione. – 2.2. Le profonde differenze fra i diritti amministrativi di Stati diversi. – 2.3. La lontananza dal diritto privato. – 2.4. Gli alterni rapporti con la regolazione dell'economia. – 3. Gli sviluppi del diritto amministrativo. – 3.1. Il diritto amministrativo sovrastatale e subnazionale. – 3.2. Le convergenze progressive tra diritti amministrativi nazionali. – 3.3. L'avvicinamento al diritto privato. – 3.4. La centralità della regolazione dei mercati. – 4. Brevi conclusioni.

### *1. Le origini. Le varie ipotesi. L'importanza della Rivoluzione francese*

Possono prendersi le mosse da una definizione sommaria e molto diffusa del diritto amministrativo, inteso come insieme di regole che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni. Si può aggiungere che tale disciplina ha determinate caratteristiche proprie rispetto al diritto privato, che saranno gradualmente precisate. Si tratta, oggi, di una disciplina tipicamente pubblicistica per quel che riguarda alcuni aspetti dell'organizzazione, del personale e dell'attività delle pubbliche amministrazioni: ad esempio, i ministeri, alcuni dirigenti dell'amministrazione, i provvedimenti amministrativi sono largamente regolati da normative di diritto pubblico. Valgono, invece, regole tratte dal diritto privato, con talune deroghe, per altri profili dell'organizzazione, del personale e dell'attività: è così, ad esempio, per le società

*Definizione  
sommaria  
del diritto  
amministrativo*

con partecipazione pubblica – che per alcuni versi rientrano nell'ambito delle pubbliche amministrazioni –, per la gran parte dei dipendenti pubblici, per i contratti delle amministrazioni. Sul piano dei principi giuridici, il diritto amministrativo è retto da principi sia pubblicistici che privatistici: questi ultimi, come si vedrà, hanno assunto un'importanza determinante.

*Le origini:  
varie ipotesi*

Quali sono le origini del diritto amministrativo? Secondo alcune ricostruzioni storiche il diritto amministrativo avrebbe origini molto lontane nel tempo; secondo altre il diritto amministrativo sarebbe nato in fasi più recenti, da collocare attorno al XVIII secolo.

*Il diritto  
amministrativo  
nella Roma  
antica*

Talune delle tesi che sostengono le origini antiche del diritto amministrativo evidenziano che esso era già parte del diritto romano. Ripercorrendo le fonti del diritto romano, si trova la distinzione tra *jus publicum* e *jus privatum*: è nota, in tal senso, la posizione di Ulpiano che, in particolare, collega il *jus publicum* al perseguimento di interessi della *respublica*, di interessi pubblici, della collettività. Certamente il diritto pubblico esisteva accanto al diritto privato.

Esistevano anche cariche pubbliche con denominazioni che fanno pensare ad uffici e ad organi della pubblica amministrazione dei tempi più recenti. Esisteva, ad esempio, un *praefectus praetorio*, il prefetto preposto alle vicende organizzative e militari della città; esisteva un *praefectus annonae*, il prefetto addetto agli affari relativi all'economia, alle entrate, all'alimentazione. Esisteva, dunque, un insieme di cariche che potremmo definire amministrative.

Se si guarda alla terminologia del diritto romano, ci s'imbatte anche in nomi quali *imperium*, *potestas*, *auctoritas*, che fanno pensare al potere pubblico: si pensi all'*imperium* dei consoli, alla *potestas* degli altri magistrati repubblicani, all'*auctoritas* di Augusto, nella prima fase di crescita dell'impero.

*Meri frammenti*

Siamo in presenza di una serie di elementi che confermano l'esistenza di un diritto pubblico e di cariche amministrative. Ma si può ritenere che ciò sia diritto amministrativo? Si tratta, in realtà, di semplici frammenti e non s'intravedono ancora le co-

ordinate del diritto amministrativo, per le quali occorre un contesto più organizzato. È quindi da scartare l'ipotesi che esistesse già dalla Repubblica o dall'Impero di Roma un diritto amministrativo.

Nell'ambito delle tesi che assegnano origini antiche al diritto amministrativo, vi è chi afferma che la sua nascita debba farsi risalire all'XI secolo. Questi studiosi, di scuola francese, sostengono che fin d'allora esistevano regole amministrative, soprattutto per il "diritto dei servizi pubblici". E qui ci si avvicina ad un concetto – "servizio pubblico" – che troverà la sua espansione nel XX secolo e si ritrova anche oggi. *Service public* sta ad indicare tutte quelle attività in cui si ha una pubblica amministrazione che non svolge funzioni di polizia, o funzioni comunque autoritative, ma presta servizi. Non attività di prescrizione, ma di prestazione. L'attività di servizio pubblico ha per destinatari cittadini che sono consumatori, utenti. Così, sono servizi pubblici, ad esempio, le poste, la scuola, l'illuminazione delle vie e delle piazze. Il servizio può essere reso anche da soggetti privati, posti sotto il controllo di un'amministrazione pubblica, però è un servizio che è prestato a tutti ed è sottoposto – come si vedrà – ad una disciplina con connotati anche pubblicistici.

*Il diritto amministrativo dall'età medievale*

*Anticipazioni del service public*

La parola *service public* in effetti si può ritrovare sin dagli antichi testi di diritto francese (dal Medioevo alla Rivoluzione francese). Fra gli esempi più significativi, c'è il mulino, il simbolo della non-autorità (come il castello e la spada sono i simboli del potere e di attività riconducibili all'esercizio dell'autorità). Il mulino ha a che fare con il grano, con il pane, con un'attività di servizio essenziale: l'alimentazione della gente. Anche le fiabe contrappongono il mulino al castello.

*Il mulino*

Proprio partendo dal mulino, le fonti francesi di diritto feudale assumono grande interesse: un'ordinanza del 1439 ordina al mugnaio di "macinare i grani, nel momento e nella misura in cui sono apportati al mulino, senza preferenza e, soprattutto, senza esigere nulla per la molitura". In questa prima parte dell'ordinanza si afferma, cioè, che il titolare del mulino – proprietario o addetto al mulino (se il mulino era in proprietà del re o del signore del luogo) –

*Obbligo di non discriminazione*

aveva l'obbligo di macinare il grano, nel momento in cui una persona (potremmo dire il consumatore) portava il grano al mulino, senza discriminazioni e senza poter esigere niente in cambio della prestazione. Dunque, si tratta di un obbligo di servizio al pubblico, soggetto al principio di eguaglianza e di non discriminazione, e caratterizzato da logiche diverse da quelle proprie dell'attività economica.

*Obbligo di continuità e di garanzia della qualità*

L'ordinanza continua affermando che "l'addetto al mulino deve assicurare un servizio continuo e di qualità, altrimenti può essere dichiarato decaduto dal diritto di gestire il mulino; l'addetto al mulino è collocato in permanenza sotto il controllo della collettività". Si affermano, quindi, il principio della qualità del servizio (ad esempio, l'igiene); ancor prima, il principio di continuità e di divieto di interruzioni; infine, il principio di efficienza e di efficacia.

Vi è, in tutto ciò, una sorprendente vicinanza alla modernità e alla contemporaneità. Gli stessi principi si ritrovano oggi nel diritto comunitario, in materie quali l'accesso alle reti di telecomunicazioni, agli elettrodotti, ai gasdotti. Era poi prevista una sanzione nelle ipotesi in cui si verificava un'inadempienza ad uno degli obblighi elencati (se non c'è la prestazione, se la prestazione non è di qualità, se non è continua, se c'è ma è discriminatoria): il mugnaio poteva essere dichiarato decaduto dai suoi diritti, una sorta di declaratoria di decadenza dalla concessione.

*Il servizio postale a cavallo*

Ulteriore esempio significativo è la creazione del servizio postale a cavallo tramite un'ordinanza del Consiglio di Luigi XI del 19 giugno del 1464. Il servizio postale è storicamente collegato ai trasporti (i cavalli): "il suddetto signor Re, avendo messo in deliberazione, insieme ai signori del suo Consiglio, che è molto necessario ed importante ai suoi affari e al suo Stato, di conoscere notizie da tutte le parti e di far conoscere quando sembrerà opportuno le sue notizie agli altri, aveva messo in delibera di istituire e di stabilire in tutte le città, in tutti i borghi, in tutte le borgate e luoghi ove sarà reputato opportuno, un numero di cavalli che corrono di tratto in tratto (le stazioni della posta) per mezzo dei quali i suoi ordini possano essere prontamente eseguiti e in modo tale che

possa avere notizie dai suoi vicini quando vuole e possa ordinare agli altri". Sostanzialmente si ordina di mettere a disposizione un certo numero di cavalli e di organizzare le stazioni di posta, affinché attraverso questo servizio sia possibile far circolare gli ordini e le informazioni.

Al di là di quel che può ricondursi all'idea del *service public*, nelle antiche fonti francesi si ritrovano altri esempi di regole amministrative: è così per la disciplina delle acque dei fiumi, dei torrenti, dei laghi. Sono beni pubblici che servono a vari fini, che hanno molti impieghi economici, imprenditoriali e sociali: dagli usi alimentari, alla coltivazione dei campi, all'animazione degli opifici. La storia risalente dell'acqua è una storia di permessi, di autorizzazioni e di concessioni di derivazione delle acque: l'appropriazione del bene pubblico-acqua senza permesso può costituire un illecito. La più antica concessione d'acqua conosciuta è del 1265 e riguarda i religiosi di *Saint Lazaire*, i quali avevano ottenuto il permesso di porre alcuni tubi sotto il suolo di una strada dipendente dal demanio regale per derivare l'acqua e portarla al loro monastero. È una concessione di derivazione di acque, non dissimile da quelle che si ritroveranno nei secoli successivi fino al Novecento, fino ai giorni attuali.

*Disciplina  
delle acque*

Il mulino e la posta sono esempi di servizi pubblici; l'acqua è un bene pubblico che consente di esercitare attività pubbliche o private.

Certamente, quindi, hanno ragione gli studiosi francesi quando affermano che esistevano regole amministrative sin dall'anno Mille. Ma si può considerare che ciò sia diritto amministrativo? Negli esempi descritti si osservano assonanze, addirittura impressionanti, con il linguaggio e con istituti giuridici di oggi, dei diritti nazionali e del diritto comunitario: la prestazione continuativa dei servizi è un principio di diritto nazionale e metanazionale. C'è sicuramente qualcosa di più rispetto all'età romana, c'è qualcosa in più rispetto al "frammento" di una disciplina amministrativa. Ci sono regole che avranno una durata estesa, una permanenza lunga nel tempo, ma ancora non c'è un sistema di diritto amministrativo.

*Regole scisse  
da un sistema*

*Le tesi più accreditate: l'origine del diritto amministrativo nella Francia dell'età moderna*

Le tesi più accreditate sono quelle che sottolineano l'origine moderna, o più moderna, del diritto amministrativo. Secondo queste tesi, un vero e proprio diritto amministrativo emerge nel XVIII secolo e si consolida nel XIX secolo. Anche qui il punto geografico nazionale di riferimento è la Francia e una delle fonti conoscitive più ricche, da questo punto di vista, è costituita dalle opere di Tocqueville. Nel suo libro sull'*Ancien régime*, che consente di cogliere appieno il passaggio dal periodo pre-rivoluzionario al periodo della rivoluzione e poi al post-rivoluzione, sono contenuti una serie di riferimenti precisi alla genesi del diritto amministrativo.

*L'ancien régime: l'intendente*

Tocqueville, nella prima parte dell'*Ancien régime*, sottolinea, con grande chiarezza e precisione, i poteri degli intendenti e di altri funzionari amministrativi. L'intendente è il funzionario che conta di più in provincia, è la *longa manus* del potere centrale, è un organo periferico dell'amministrazione centrale, non rappresenta la collettività locale ma il controllo del centro sulla periferia. Questi intendenti, come osserva Tocqueville, erano dotati di grandissimi privilegi, di poteri autoritativi molto forti (anche di natura penale) e tutto questo, naturalmente, incideva profondamente sui diritti dei cittadini. Non si era in presenza del re o del signore, bensì di un funzionario amministrativo, un modesto ma potentissimo funzionario.

*L'ascesa della borghesia*

Il valore sociale di tutto ciò, che avviene tra l'ultima parte del XVII secolo e la prima parte del XVIII, è molto chiaro: la preparazione all'ascesa della borghesia. Tocqueville sottolinea che il potere degli intendenti, borghesi con estrazione sociale mediocre, gradualmente surclassa il potere dell'aristocrazia locale. Il notevole, l'aristocratico, può essere proprietario di grandi terreni, può essere titolare di grandi ricchezze e dotato di titoli nobiliari: è il primo cittadino della provincia, però conta sempre meno rispetto all'intendente, che socialmente è inferiore, ma acquisisce un potere che è sempre maggiore rispetto a quello del notevole locale.

È qui, secondo Tocqueville, uno dei fattori che porterà alla rivoluzione francese, che è una rivoluzione borghese: la borghesia soppianta le classi prima dominanti. Ciò avviene ancor prima del 1789 e degli anni immediatamente successivi: è un processo che

si svolge gradualmente, e uno degli elementi che prepara e sostiene l'ascesa della borghesia è l'amministrazione. Ecco perché è importante la genesi del diritto amministrativo. Il titolare di un ufficio amministrativo, l'intendente, modesto socialmente, viene dotato di poteri incredibilmente estesi e intensi: può espropriare le grandi terre dei notabili, può imporre sanzioni, può addirittura mandare a morte. Si vengono a creare in capo alla burocrazia poteri "esorbitanti", nel senso che il rapporto fra l'intendente e gli altri cittadini non è certo paritario. Questi poteri si precisano e si consolidano: ad esempio, l'intendente decideva alcune controversie come un'autorità di tipo giurisdizionale; si specificano anche le varie responsabilità. In questo momento inizia a nascere qualcosa di più delle singole regole, si forma un corpo di norme, un corpo di poteri che si vanno gradualmente definendo.

E poi, con la Rivoluzione francese, si fa ancora un passo avanti perché diventa formalmente evidente il principio fondamentale della divisione dei poteri, della "tripartizione dei poteri". Legislativo, esecutivo e giudiziario prima erano tutti riuniti nella figura del monarca, della corona. Con la rivoluzione si apre la distinzione fra i poteri e il potere amministrativo si colloca nell'ambito del potere esecutivo: l'amministrazione è quel corpo di funzionari inseriti nell'apparato esecutivo che adottano misure, atti e provvedimenti in attuazione della legge e sono, sia pure parzialmente in una prima fase, sotto il controllo dei giudici. Quindi, mentre prima era difficile distinguere l'amministrazione dalla legislazione o dalla giurisdizione, ora l'amministrazione viene ad avere una sua identità, sebbene all'interno dell'esecutivo.

*L'importanza  
della  
Rivoluzione  
francese*

Subito dopo la Rivoluzione francese, agli inizi dell'Ottocento, cominciano ad essere istituite le prime cattedre universitarie di diritto amministrativo. Il *Conseil d'État* non è ancora un vero e proprio giudice; lo sarà in Francia dal 1872; tuttavia, è un "corpo" particolarmente specializzato che risolve controversie tra l'amministrazione e i cittadini.

È in questo momento che si viene a percepire l'esistenza di un quadro complessivo del diritto amministrativo. Ci sono insieme di regole "esorbitanti" – rispetto alle regole paritarie del diritto

*Norme,  
giurisprudenza,  
dottrina*

*Nascita  
del diritto  
amministrativo*

privato – che riguardano le amministrazioni pubbliche e i loro rapporti con i cittadini amministrati; c'è la giurisprudenza che si forma su quelle regole per decidere i casi controversi; c'è la dottrina, la scienza del diritto amministrativo, che comincia a sistematizzare le regole e le decisioni sulle regole. A questo punto si può dire che il diritto amministrativo è nato e si è consolidato.

*Francia*

La Francia è stata la madrepatria del diritto amministrativo per diversi fattori: in particolare, la presenza di un sistema molto centralizzato, che ha sempre caratterizzato l'esperienza francese, ha favorito la crescita di un corpo di regole amministrative uniformi. A ciò ha condotto non solo l'esistenza di una forte monarchia nazionale, fin dal XIV o XV secolo, perché anche l'Inghilterra è stata una grande monarchia nazionale già fin dal tardo Medioevo, ma, come si vedrà, ha conosciuto il diritto amministrativo ben dopo la Francia. Quel che è stato determinante per la formazione del diritto amministrativo è la centralizzazione particolarmente rilevante dello Stato, ancor prima di Napoleone che ha dato poi a tale diritto un'impronta fondamentale.

*Germania*

Che la Francia sia la madrepatria del diritto amministrativo risulta anche dalle evoluzioni che si sono registrate in altre esperienze dell'Europa continentale. In Germania, ove si è avuto uno sviluppo consistente, soprattutto dottrinale, del diritto amministrativo, si è sempre fatto riferimento alle fonti e agli autori francesi: anche se poi si è sviluppata una scuola autonoma, le radici vengono dalla Francia. L'esponente principale della scuola tedesca classica del diritto amministrativo, Otto Mayer, negli anni Ottanta del secolo XIX, riconosce il debito degli autori tedeschi nei confronti degli autori francesi, affermando che il diritto francese è stata la pietra miliare del diritto amministrativo.

*Italia*

L'Italia non ha mai conosciuto una centralizzazione dello Stato paragonabile a quella francese: c'è stata una tradizione locale, comunale, molto forte che ha comportato frammentazione e non ha reso agevole la creazione di regole uniformi come in Francia. In Italia, sostanzialmente, il diritto amministrativo nasce tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, quando si consolidano le cattedre universitarie e la giurisprudenza del Consiglio di Stato: e

anche in Italia, soprattutto con le prime decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato, si guarda molto all'esempio francese.

Nei paesi di *common law*, di tradizione anglosassone, la nascita del diritto amministrativo è stata più lenta; fonti e autori inglesi della fine dell'Ottocento negano l'esistenza del diritto amministrativo, sostengono che l'*administrative law* non esiste come diritto autonomo e che l'unico diritto esistente in Inghilterra è il *common law*: un diritto comune a tutti, che viene utilizzato sia da soggetti privati che da soggetti pubblici; non c'è nessuna caratteristica particolare che distingua il diritto amministrativo dal diritto comune. La legislazione parlamentare di fine Ottocento – gli *statutes* – comincia a introdurre regole e strumenti che si allontanano dal *common law* e che danno vita al diritto amministrativo: sono, essenzialmente, gli *statutes* sull'espropriazione, sulla pianificazione urbanistica, sulla sicurezza sociale, che attribuiscono poteri particolarmente penetranti ad amministrazioni pubbliche, soprattutto locali. Un importante contributo dottrinale ha recentemente mostrato come rilevanti profili dell'*administrative law* britannico fossero tuttavia già emersi quattro secoli fa.

Inghilterra

Analoga situazione si ritrova negli Stati Uniti d'America. La dottrina classica americana ha più volte sottolineato che negli anni Ottanta del XIX secolo non esisteva una vera e propria carriera amministrativa: coloro che diventavano pubblici ufficiali erano dei dilettanti, spesso lavoravano a titolo onorario. Soltanto alla fine degli anni Ottanta dell'Ottocento s'introducono le prime regole sul reclutamento e da lì nasce la professionalizzazione degli impiegati pubblici e dei funzionari amministrativi. È la *legislation*, anche negli Stati Uniti, ad avere un ruolo fondamentale nell'avvio del diritto amministrativo. Va segnalato che una recente ricerca storico-giuridica ha messo in luce che già dalla fine del Settecento potevano intravedersi elementi essenziali di un corpo di *administrative law*, come l'attribuzione di rilevanti poteri di regolazione, cioè di normazione subordinata e di potestà sanzionatorie, a uffici amministrativi: è il caso degli uffici preposti alla riscossione dei tributi, specialmente quelli che operavano nei porti, sulla base di una legge del 1789. Sussistevano anche meccanismi di sindacato

Stati Uniti  
d'America

giurisdizionale sull'azione amministrativa, sia pure embrionali e dominati da rimedi di *common law*. Secondo tale ricostruzione, dunque, la genesi dell'*administrative law* negli Stati Uniti sarebbe quasi coeva a quella del *droit administratif* francese.

*Le diverse ragioni della nascita del diritto amministrativo*

Diverse appaiono le ragioni della nascita del diritto amministrativo nelle differenti esperienze nazionali.

*L'ascesa della borghesia francese*

In Francia il diritto amministrativo, soprattutto dal periodo degli intendenti (dal XVII secolo in poi) e in seguito con la rivoluzione, nasce come strumento dell'ascesa al potere della borghesia, quindi ha una base sociale e politica molto importante. I poteri degli intendenti (di estrazione borghese) finiscono, come si è visto, per comprimere le posizioni sociali degli aristocratici locali. I poteri dell'amministrazione sono "esorbitanti". Gradualmente il problema maggiore del diritto amministrativo diviene quello di controllare che l'amministrazione non ecceda nell'esercizio di quei poteri.

*Le radici ideologiche in Germania e in Italia*

In Italia e in Germania, il diritto amministrativo è molto legato ad una radice ideologica. Pesa molto l'influenza filosofica di Hegel, che aveva sottolineato l'idea di uno Stato forte. Le opere più importanti di Hegel vengono pubblicate fra il 1801 e il 1827; è molto significativo il suo influsso sulla filosofia e sul diritto italiano. Il primo presidente della IV Sezione del Consiglio di Stato, istituita nel 1889, è stato Silvio Spaventa, fratello di Bertrando Spaventa della scuola hegeliana di Napoli. Uno dei più importanti amministrativisti italiani fra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, Oreste Ranelletti, autore che ha inciso profondamente sullo sviluppo del diritto amministrativo italiano, fin dai suoi scritti giovanili cita Hegel nelle sue note.

*Lo sviluppo del welfare in Inghilterra*

Nella vicenda inglese, alla fine dell'Ottocento, l'idea era quella che un diritto amministrativo non esistesse, ma in realtà, contemporaneamente, iniziano a diffondersi gli *statutes* in materia di pubblica amministrazione: *law* è essenzialmente il diritto dei giudici; mentre *statute* è l'atto del Parlamento, la legislazione. Accade che gli *statutes*, come si è anticipato, portino con sé novità importanti. Il *common law* si basava su due pilastri fondamentali: *private property* (proprietà privata e diritti reali) e *freedom of contract*.