

# La formazione del diritto amministrativo in Europa: la prospettiva comparata

SABINO CASSESE

## 1. *Una formazione divergente*

Nel 1835 Alexis de Tocqueville, nella prima «Democrazia in America», parte prima, alla fine del capitolo VI, facendo riferimento ai suoi colloqui con gli interlocutori americani, scrive

But when I tried to make them understand that the Conseil d'État was not a judicial body at all, in the ordinary sense of the term, but an administrative body, whose members were dependent on the King; and that the King, as sovereign, after ordering one of his servants, called prefect, to commit a wrongful act, could order, as sovereign, another of his servants, called councillor of the Conseil d'État, to prevent someone from having the first punished; when I showed them the citizen harmed by the order of the prince, reduced to asking the prince himself for the authorization to seek justice, they refused to believe in such enormities and accused me of lying and of ignorance<sup>1</sup>.

Settanta anni dopo, il grande giurista inglese Albert Venn Dicey, che aveva letto e studiato fin da giovane Tocqueville e l'ammirava, ritenendolo un uomo di genio stra-

ordinario, ebbe in Francia un colloquio con il suo omologo Berthelemy, così riferito da questo ultimo:

the French Professor Berthelemy writes that when he gave to Professor Dicey, about forty years ago, a copy of his *Traité de Droit Administratif*, Professor Dicey replied: "In England there is no *droit administratif*; we do not know what it can be", and smilingly added: "We prefer not to know, as we are afraid of regulations which appear to be less guarantees for citizens than privileges for officials"<sup>2</sup>.

E altrove conclude, nel 1908: «there exist in England no true *droit administratif*».

Il resoconto di questi due colloqui mi consente di introdurre l'analisi storico-comparativa della formazione del diritto amministrativo in Europa.

## 2. *L'amministrazione in Francia e in Inghilterra tra antico e nuovo regime*

Come ha scritto Milan Kundera<sup>3</sup>, la storia può essere considerata nel piccolo contesto, come storia di una nazione, o nel grande contesto, come storia sovranazionale. L'esame della formazione del diritto amministrativo in Europa richiede un esame storico-comparativo che unisca le vicende francesi e quelle inglesi, considerato che queste nazioni, nel periodo che noi consideriamo, tra diciottesimo e ventesimo secolo, erano l'Europa.

Se si considerano separatamente la storia comparata dell'amministrazione, quella delle norme che la regolano, quella dei giudici che la controllano e quella del pensiero giuridico che la studia, si potrebbe pensare che queste quattro storie possano essere procedute di pari passo in Francia e in Inghilterra. Invece, mentre la prima e la seconda si sono svolte in modo parallelo nei due grandi Paesi europei, le altre hanno avuto un andamento divergente e questa divergenza costituisce il principale problema nella nostra analisi.

I due Paesi, nel corso del XVIII secolo, avevano dimensioni diverse. La Francia è passata da 21 a 28 milioni di abitanti, mentre l'Inghilterra è passata da 5 a 8 milioni nel corso di quel secolo. Tuttavia, ambedue avevano organismi amministrativi sviluppati.

La Francia aveva un complesso meccanismo amministrativo, di cui Tocqueville ci ha lasciato l'analisi. Più tardi, la rivoluzione ha prodotto una cesura politica, non una cesura amministrativa. La Francia post-rivoluzionaria e napoleonica, nonché quella della Restaurazione e poi del Monarchia di luglio hanno ereditato le strutture

amministrative dell'Antico regime, che erano robuste, e lo divennero ancora di più quando, con Napoleone, dovettero gestire potenti eserciti. Più tardi nel 1846, secondo la relazione di Tocqueville sul *Cours de droit administratif* di Macarel, questo dovette attingere a 80 mila fra leggi ed ordinanze per ricostruire il diritto amministrativo francese<sup>4</sup>.

L'Inghilterra, fin dal XVI secolo ha dovuto regolare materie come i fallimenti, le imposte, il regime delle acque, il pauperismo, i servizi pubblici locali, l'urbanesimo, la sanità, il commercio, l'industria<sup>5</sup>. Nel XVIII secolo ha iniziato a costruire, con i possedimenti d'oltremare, il più vasto impero di tutti i tempi, che nel periodo di massima espansione raccoglieva un quinto della popolazione mondiale. Anche se la madrepatria operava mediante l'"indirect rule", aveva funzioni ampie e importanti, affidate a ispettorati e commissioni<sup>6</sup>.

Quanto al personale pubblico, la Francia nel 1873 aveva 285 mila impiegati pubblici, ordinati in una piramide gerarchica, operanti specialmente nel settore dell'istruzione, delle poste e telegrafi, delle finanze e delle colonie; l'Inghilterra aveva 20 mila dipendenti pubblici nel 1832, che divennero 40 mila nel 1851 e 100 mila nel 1871.

Nelle due amministrazioni, quella inglese e quella francese, alla metà del XIX secolo si andò affermando il principio del merito: basta ricordare il Northcote-Trevelyan Report inglese e la battaglia di Tocqueville contro la "passion des places".

Se lo sviluppo complessivo fu parallelo, vi furono, tuttavia, differenze: l'amministrazione francese era accentrata, quella inglese fondata su "self government"; l'amministrazione inglese gestiva le colonie ricorrendo al criterio della "indirect rule",

quella francese seguiva anche per le colonie i criteri dell'uniformità e dell'accentramento; l'amministrazione francese era sottoposta a giudici speciali, quella inglese agli stessi giudici ordinari a cui erano sottoposti i privati.

Ma queste differenze non giustificavano la contrapposizione delle due amministrazioni e tanto meno la costruzione di due modelli divergenti.

### 3. *Francia e Inghilterra: uno sviluppo contrastivo*

Come spiegare, allora, l'idea tanto diffusa, secondo la quale vi sarebbero due modelli di sistemi giuridici, uno caratterizzato dalla presenza di un apposito sistema di norme relative all'amministrazione, l'altro contraddistinto da un unico diritto, comune ai privati e all'amministrazione?

L'affermazione di un diritto amministrativo in Francia e la negazione di esso in Inghilterra possono essere spiegati in due modi concorrenti: il primo riguarda lo sfondo cioè la storia di due nazioni e di due nazionalismi; il secondo riguarda l'influenza reciproca tra le due culture.

Ora illustrerò il primo aspetto nella forma tipica della linguistica contrastiva, che studia le relazioni tra le lingue e le influenze reciproche. Parto dall'ipotesi che, se nella storia due nazioni si oppongono – restano, ad esempio, a lungo in guerra – è probabile che la scienza giuridica ne risenta e che cerchi quindi diversità nei modelli.

I fatti che vanno considerati sullo sfondo di questa storia comparativa risalgono ad epoche lontane. Il primo è la guerra dei cento anni, durata in realtà 116 anni,

tra il 1337 e il 1453, per la rivendicazione della corona francese da parte degli inglesi. Shakespeare, nell'Enrico V, scritto nel 1599, ricorda che quel re, sovrano d'Inghilterra dal 1386 al 1422, vantava «legittime pretese» in forza di un vantato diritto di successione al trono di Francia<sup>7</sup>. Più tardi, tra il 1660 e il 1670 «è la Francia che regna, che domina, che trionfa. L'Europa è il resto»<sup>8</sup>.

Il secondo elemento di differenziazione è costituito dalle due rivoluzioni quella gloriosa del 1688 in Inghilterra, con la quale si affermò la nuova costituzione di quel Paese, incruenta, e quella del 1789 in Francia, cruenta. Il paragone fu fatto da Burke in Inghilterra e da Guizot in Francia. Quindi Inghilterra e Francia si fronteggiano ed osservano reciprocamente come oggi Stati Uniti e Cina.

Intanto, l'Inghilterra conquista l'egemonia dei mari e un grande impero coloniale, mentre la Francia incontra difficoltà nell'espansione coloniale (basta pensare ai viaggi ad Algeri di Tocqueville ed ai suoi rapporti su tali viaggi).

Quindi, accanto all'elemento comune costituito da uno sviluppo, in ambedue Paesi, dell'amministrazione, vi è il contrasto tra le vicende storiche e le culture dei due Paesi.

### 4. *La comparazione confina con la causazione*

Accanto allo sfondo plurisecolare che vede la contrapposizione tra i due grandi Paesi egemoni della storia europea, c'è, poi, la loro storia intellettuale, e in particolare il "dialogo" tra Tocqueville e Dicey.

Come osserva Kundera, «ognuno accede al mondo attraverso una porta diversa»<sup>9</sup>. Come vedremo, la comparazione confina con la causazione: la reazione degli americani a Tocqueville circa le istituzioni francesi del suo tempo divenne la causa della reazione di Dicey al modello del diritto amministrativo francese, ritenuto uno strumento illiberale. Dicey fece così un «fundamental mistake»<sup>10</sup>.

Anche in questo caso, bisogna fare un passo indietro e risalire alle lettere inglesi di Voltaire, scritte nel 1733<sup>11</sup>. Nelle lettere, Londra è considerata come una moderna Roma. Il rispetto inglese per i talenti e per il merito, le libertà inglesi e il potere della Camera dei comuni sono oggetto di ammirazione.

Più tardi, la costituzione inglese è considerata come un modello da Montesquieu (1748) fino a Guizot<sup>12</sup>. Seguiranno Taine<sup>13</sup> e Boutmy<sup>14</sup>, i protagonisti della parigina "École libre de sciences politiques," poi "Institut d'études politiques", che esaminano e ammirano l'Inghilterra.

Su questo sfondo culturale si colloca il rapporto Tocqueville-Dicey. Il grande giurista oxoniense Albert Venn Dicey osserva, nel 1885, nel suo *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, considerato la viva voce dalla costituzione inglese, che

the nature and the very existence of administrative law has been revealed to many Englishmen, as certainly to the present writer, through the writings of Alexis de Tocqueville<sup>15</sup>.

Dicey è colpito dalle osservazioni rivolte dagli interlocutori americani a Tocqueville a proposito della cosiddetta giustizia amministrativa francese e dalle conseguenti critiche di Tocqueville alla giustizia amministrativa e nega che in Inghilterra vi

sia qualcosa che possa essere assimilato al "droit administratif": con questa modalità contrastiva si formano i due grandi modelli, Paesi a diritto amministrativo e Paesi a diritto comune. L'idea di differenziazione, sviluppata da Dicey, è ispirata da orgoglio nazionalistico e anche dalla critica francese alle proprie istituzioni.

Tocqueville, a conclusione dei suoi viaggi in Inghilterra (1833 e 1835) osserva che l'Inghilterra è felice di non avere il Consiglio di Stato, né la giustizia amministrativa. Nelle note sul secondo viaggio, osserva:

la necessità di introdurre il potere giudiziario nell'amministrazione è una di quelle idee centrali alle quali mi riportano tutte le ricerche che vado facendo su ciò che ha reso possibile e può rendere possibile la libertà politica<sup>16</sup>.

Nella relazione all'*Académie des sciences morales et politiques* sul *Cours de droit administratif* di Macarel parla di «una scienza tanto nuova e ancora tanto contestata come il diritto amministrativo», «oggetto delle più vive critiche»; sempre nello stesso scritto, parla di «due specie di giustizia ordinaria», la prima affidata a giudici inamovibili, la seconda riservata a tribunali eccezionali o allo stesso re. Poi osserva che si tratta di «assiomi di diritto che nessun paese libero e [...] che nessun popolo civile ammetterà mai [...]» perché in «deroga parziale al diritto generale» e perché «non vi è tirannia [...] che non ne possa un giorno nascere», vere «mostruosità». In conclusione, scrive:

se il nostro sistema amministrativo è stato concepito dalla libertà, è stato completato dal dispotismo. Come conciliare l'estrema centralizzazione, che esso consacra, con la realtà e la moralità del governo rappresentativo?

E aggiunge:

Mille volte ho avuto occasione di trattare questo argomento con gli uomini più illuminati d'America e d'Inghilterra [...] e non ne ho incontrato uno solo che volesse adottare per il suo paese il nostro sistema amministrativo, prendendolo nel suo complesso e con l'impronta che vi ha lasciato la mano possente di Napoleone, né che pensasse che un tale sistema potesse a lungo essere compatibile con la libertà<sup>17</sup>.

Dicey, un giurista-politico, ispirato da forte nazionalismo e dalle critiche francesi alle istituzioni francesi, negherà l'esistenza di un diritto amministrativo in Inghilterra. Come osservato da Anais Nin, «non vediamo le cose come sono, le vediamo per come siamo noi»<sup>18</sup>.

### 5. Dalla divergenza alla convergenza

Dunque, la reazione degli americani a quello che loro raccontava Tocqueville circa le istituzioni francesi spinse quest'ultimo a pensare che il diritto amministrativo fosse strumento non liberale. Questa conclusione, a sua volta, esercitò una forte influenza su Dicey, che rifiutò l'idea che il diritto amministrativo avesse cittadinanza in Inghilterra, un Paese retto dalla "rule of law".

Ecco un caso nel quale gli ordinamenti giuridici si sviluppano sotto la spinta delle necessità politico-sociali, sulla base delle funzioni necessarie all'affermazione di due grandi potenze, Inghilterra e Francia, ma vengono appresi e costruiti sulla base delle "idee ricevute", influenzate da altri sviluppi. Il rapporto è complicato da una dimensione temporale diversa.

La contrapposizione dei liberali puri francesi al liberalismo di impronta bonapartista convinse gli osservatori inglesi che

il regime francese fosse illiberale. Questo venne identificato con il "droit administratif", e, quindi, ad esso fu attribuito un carattere illiberale. La cultura inglese, per differenziarsi, accentuò gli aspetti differenziali dal proprio ordinamento giuridico e negò l'esistenza nell'isola del "droit administratif". Dunque, si può dire che, dal punto di vista genetico, questa idea nasce da un ceppo francese, si sviluppa in un tronco inglese, salvo poi ramificarsi altrove<sup>19</sup>.

In questo dialogo tra i due lati della Manica, vi sono stati un malinteso e uno slittamento temporale. Tocqueville, pur criticando gli aspetti dispotici del diritto amministrativo (in particolare la «garanzia dei funzionari» assicurata dal *Conseil d'État*), ne faceva salva la base. Dicey, le cui idee si erano formate sui testi di Tocqueville (ma senza conoscere la relazione sul libro di Macarel), riteneva *tout court* il "droit administratif" prodotto e strumento di dispotismo, non utilizzabile in istituzioni liberali. Inoltre, la lettura diceyana di Tocqueville mancava di comprensione storica perché inizialmente (1885) accettava come riflessioni sul diritto positivo vigente in Francia scritti di Tocqueville precedenti nel tempo di circa quaranta anni<sup>20</sup>.

Questa contrapposizione ha per due secoli oscurato le somiglianze. Il diritto amministrativo è divenuto una singolarità della Francia. Questo è però stato utile perché ha operato come un mito, spingendo i paesi a diritto amministrativo a introdurre elementi di diritto privato e diritto comune nei sistemi amministrativi, che sono quindi diventati meno autoritari. L'inganno è stato quindi fruttuoso perché ha spinto a pensare il diritto amministrativo in termini di un diritto meno speciale<sup>21</sup>.

Quello qui descritto è solo un capitolo, ma fondamentale, del processo che è stato definito, in un libro appena uscito, purtroppo limitato ai Paesi di diritto comune, *The Making and Re-making of Public Law*<sup>22</sup>, tra diversi Stati, nella storia, nella situazione attuale e nelle prospettive future.

<sup>1</sup> A. Tocqueville, *Democracy in America*, ed. E. Nolla, Indianapolis, Liberty Fund, 2010, p. 177. In italiano, A. Tocqueville, *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, t. II, Torino, Utet 1968, p. 129: «Ma quando cercavo di far loro capire che il Consiglio di Stato non era affatto un corpo giudiziario, nel senso comune della parola, bensì un corpo amministrativo, i cui membri dipendevano dal re, in modo che il re, dopo aver ordinato in base ai suoi poteri sovrani ad uno dei suoi servitori, chiamato prefetto, di commettere un'ingiustizia, poteva ordinare in base ai suoi poteri sovrani a un altro suo servitore, chiamato consigliere di Stato, di impedire la punizione del primo; quando mostravo loro il cittadino, leso per ordine del sovrano, ridotto a chiedere al sovrano stesso l'autorizzazione di ottenere giustizia, essi si rifiutavano di credere a simili enormità e mi accusavano di menzogna e ignoranza». L'originale francese: «Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'État n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi, de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'État, d'empêcher

qu'on ne fit punir le premier; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensonge ou d'ignorance».

<sup>2</sup> C.-A. Colliard, *Comparison between English and French administrative law*, in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 25, *Problems of Peace and War*, Papers Read before the Society in the Year 1939, Cambridge University Press, 1939, pp. 119-133.

<sup>3</sup> M. Kundera, *Il sipario*, tr. it., Milano, Adelphi, 2005, p. 47.

<sup>4</sup> A. de Tocqueville, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata "Corso di diritto amministrativo"*, in A. de Tocqueville, *Scritti politici, I, La rivoluzione democratica in Francia*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1969, p. 235.

<sup>5</sup> Come molto accuratamente dimostrato da P. Craig, *English Administrative Law from 1550: Continuity and Change*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2024, che smentisce le analisi di Dicey.

<sup>6</sup> S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 19, 1990, p. 68.

<sup>7</sup> W. Shakespeare, *Re Enrico V*, tr. it., in W. Shakespeare, *Teatro*, II, Torino, Einaudi, 1970, pp. 688 e 694.

<sup>8</sup> L. Febvre, *Europa. Storia di una civiltà*, Roma, Donzelli, 1999, p. 215.

<sup>9</sup> Kundera, *Il sipario*, cit., pp. 72-73.

<sup>10</sup> C.K. Allen, *Law and Orders*, London, 1945, p. 28. Più tardi, venne la critica di F. A. Hayek, il quale osservò che Dicey non conosceva neppure il sistema tedesco, che aveva sviluppato un diritto amministrativo, affidandone il controllo a corti istituite come corpi giudiziari indipendenti (F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960), London, Routledge, 1990, pp. 203-206).

<sup>11</sup> Voltaire, *Lettere inglesi*, tr. it., Milano, Silvio Berlusconi editore, 2024, pp. 45, 47, 58, 54, 162, 164.

<sup>12</sup> S. Cassese, *La costituzione inglese come modello. Invenzione e diffusione nella comparazione giuridica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2022, n. 3, pp. 805 ss.

<sup>13</sup> H. Taine, *Notes sur l'Angleterre* (1871), Paris, Crès, 1923, vol. I, p. 249 ss.; vol. II, pp. 14-15, 26-28, 34-36, 55 ss.

<sup>14</sup> É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel. France-Angleterre-Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885; Id., *Le Développement de la Constitution et de la Société politique en Angleterre*, Paris, Plon, 1887.

<sup>15</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, VI ed., London, 1902, p. 490.

<sup>16</sup> A. de Tocqueville, *Idee relative alla centralizzazione e all'introduzione del potere giudiziario nell'amministrazione*, in *Viaggio in Inghilterra e in Irlanda del 1835*, in A. de Tocqueville, *Viaggi*, a cura di U. Coldagelli, Milano, Bollati Boringhieri, 1997, p. 555.

<sup>17</sup> de Tocqueville, *Relazione sull'ope-*

ra di Macarel, p. 238-242 e 245. A questo si aggiunge l'atteggiamento critico di Tocqueville nei confronti di due dei protagonisti della nascita del diritto amministrativo, i consiglieri di Stato Vivien e Cormenin, con i quali collaborò nella Commissione della Costituzione. Nei «Souvenirs», del 1850, Tocqueville scrive: «il Vivien difendendo la centralizzazione era a posto, perché il movimento degli affari amministrativi era la sua professione; e c'era portato anche dal suo temperamento. Egli aveva tutto quello che ci vuole per un legista abile e per un commentatore eccellente, nulla di quello che è necessario per un legislatore ed un uomo di Stato» e aggiunge successivamente: «Si passò alla costituzione del Consiglio di Stato. Il Cormenin e il Vivien se ne assunsero l'incarico e si può dire che ci si misero come se lavorassero alla propria casa. Fecero del loro meglio perché il Consiglio di Stato divenisse un terzo potere; ma non vi riuscirono: restò un po' più che un consiglio di amministrazione, ma infinitamente meno di un'assemblea legislativa» (A. de Tocqueville, *Ricordi*, in de Tocqueville, *Scritti politici*, pp. 454-455 e 464).

<sup>18</sup> F. Benigno, *La storia al tempo dell'oggi*, Bologna, il Mulino, 2024, pp. 105-106.

<sup>19</sup> S. Cassese, *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1995, n. 1, pp. 107-131.

<sup>20</sup> Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, pp. 53-54.

<sup>21</sup> T. Perroud, *Le droit privé est-il l'avenir du droit public?*, in blog «Chemins publics», 6.2.2021 sul diritto privato come diritto generale dell'amministrazione.

<sup>22</sup> E. Carolan, JNE Varuhas, S. Fulham-McQuillan (eds.), *The Making and Re-Making of Public Law*, London, Hart, 2025.