

DAVID MONGOIN

Professeur de droit public

Faculté de droit - Université Jean Moulin – Lyon 3

*david.mongoin@univ-lyon3.fr*

## **IL DIRITTO GOVERNATIVO**

### **THE GOVERNMENT RIGHT**

#### SINTESI

Il contributo propone una riflessione teorica sulla tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, mettendone in discussione il valore euristico e la coerenza logica. Attraverso una critica dell'approccio fondato sui "confini" disciplinari, l'autore evidenzia come tale prospettiva tenda più a costruire che a descrivere la realtà giuridica, alimentando rappresentazioni semplificate del diritto pubblico come diritto del potere e del diritto privato come diritto della libertà. In questa prospettiva, il lavoro invita a ripensare le categorie classiche e a interrogarsi sulla reale natura dei rapporti tra Stato e individuo.

#### ABSTRACT

The article offers a theoretical reflection on the traditional distinction between public and private law, questioning its heuristic value and logical coherence. By criticizing the boundary-based approach to legal disciplines, the author shows how this perspective tends to construct rather than describe legal reality, reinforcing simplified views of public law as a law of power and private law as a law of freedom. In this light, the paper calls for a rethinking of classical categories and a reassessment of the relationship between the State and the individual.

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico; diritto privato; confini del diritto; teoria del diritto; rapporto Stato-individuo

KEYWORDS: public law; private law; legal boundaries; legal theory; State-individual relationship

INDICE: 1. Introduzione. - 2. Il diritto amministrativo e il diritto governativo. - 3. Il diritto amministrativo come diritto governativo.

## 1. Introduzione

In generale, sembra che i giuristi concepiscano piuttosto intuitivamente la loro disciplina in termini di territori e quindi di confini, forse a causa di quel punto fisso attorno al quale dovrebbero gravitare i "mondi" del diritto: la *summa divisio*. Si noti che se oggi se ne mette in discussione soprattutto il grado di permanenza, anche il suo valore euristico è discutibile, in quanto appare doppiamente paralogico: da un lato, postula il contrario di ciò che la costituisce, poiché esaurisce il diritto in una forma duale pur postulando necessariamente la sua unità, e dall'altro, se essa esaurisce l'integralità del diritto in questa dualità, non si ricollega tuttavia ad essa, vale a dire che non si può dire se, per riprendere la formula di Christian Atias, questa «distinzione tra diritto pubblico e diritto privato sia una regola di diritto privato o di diritto pubblico?»<sup>1</sup>.

L'approccio attraverso il prisma del «confine» rimane in ogni caso il più comune per descrivere un campo disciplinare e un corpus di regole, poiché bisogna ammettere che i suoi vantaggi sono numerosi, consentendo sia di fissare un limite tra campi disciplinari e/o normativi (il «dentro» e «fuori»), di discernere i giochi di forza che si intrecciano tra loro (ad esempio, l'attuale «linea di fronte» dei diritti fondamentali), ma anche di riflettere, nel duplice senso di riflettere e pensare, sui campi generali del diritto pubblico e del diritto privato, e al loro interno sui diritti particolari che li costituiscono. Ciò non manca di influenzare anche le rappresentazioni dell'essenza dei due grandi territori del diritto che sono il diritto pubblico inteso come diritto dello Stato e il diritto privato inteso come diritto dell'individuo. Così, René Savatier esprime sicuramente la concezione più comune, dei privatisti in generale e dei civilisti in particolare, quando sostiene che è indiscutibile che «nel complesso, il diritto civile tradizionale risponde bene a un'idea centrale, quella della libertà individuale», mentre il diritto pubblico risponde, e in questo senso molto logicamente, a quella di «ordine pubblico»<sup>2</sup>. In

---

1 Ch. ATIAS, « Un point de vue de droit privé ? », in B. BONNET e P. DEUMIER (a cura di), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Dalloz, 2010, p. 39.

2 R. SAVATIER, *Dal diritto civile al diritto pubblico, attraverso le persone, i beni e la responsabilità civile*, LGDJ, 1950, 2<sup>a</sup> ed., p. 5. Una tale concezione, che si inserisce nella tradizione romanista in cui il diritto pubblico si identifica con il diritto dell'ordine pubblico o dell'utilità pubblica, si ritrova anche in alcuni pubblicisti e in particolare in Jean Rivero, che scrive: «Il diritto privato appare nella sua

altre parole, nella prospettiva del privatista, il diritto pubblico è e rimane per sua natura un diritto di potere, di sottomissione, mentre il diritto privato è un diritto di libertà, di autonomia. È il diritto pubblico che opprime e il diritto privato che libera, e questo non solo a causa della natura considerata illiberale del diritto pubblico, ma anche perché l'inserimento delle norme e dei requisiti del diritto pubblico nel diritto privato equivale il più delle volte a una limitazione delle libertà. L'esorbitanza del diritto amministrativo non significa quindi altro, per i privatisti, che l'eccessività delle sue norme – fermo restando che il diritto privato, inteso come diritto comune, fissa la misura –, mentre per i pubblicisti l'esorbitanza, ovviamente, indica solo l'assenza di una misura comune tra lo Stato e l'individuo<sup>3</sup>, senza comportare di per sé alcuna eccessività. Una tale distorsione segnala che la lente della frontiera talvolta riflette meno la realtà di quanto la costruisca, e in modo errato.

In particolare, va sottolineato che lo strumento della frontiera si impone quasi naturalmente nel diritto amministrativo, postulando in un certo senso che tale oggetto non può essere definito *di per sé*, nella misura in cui tale diritto, inteso qui essenzialmente come corpus di norme, è sempre caratterizzato non tanto da una specificità, quanto piuttosto dalla sua specificità. Tracciata a grandi linee, questa specificità sarà alternativamente o cumulativamente riferita sia all'organo a cui si applicano queste norme specifiche (l'amministrazione; diritto amministrativo = diritto dell'amministrazione) sia a quello incaricato di controllarne il rispetto (il giudice amministrativo; diritto amministrativo = diritto del giudice amministrativo), sia al loro contenuto intrinseco (diritto amministrativo = diritto derogatorio del diritto comune). A seconda dei criteri adottati, organici o materiali, che molto spesso si combinano, si nota che sulla questione dei confini del diritto amministrativo e delle loro fluttuazioni, ci saranno tante conclusioni quante definizioni. Ad esempio, se si intende il diritto amministrativo come un diritto dero-

---

essenza come un diritto del libero consenso», «Diritto pubblico e diritto privato: conquista o *status quo?*», *Recueil Dalloz*, 1947, cron., p. 70.

3 Il diritto amministrativo francese si basa infatti sul presupposto dell'assenza di un punto di incontro tra l'individuo e lo Stato. È questo il significato della formula, apparentemente innocua, utilizzata dal commissario del governo René David nelle sue conclusioni sulla famosa sentenza *Blanco* (TC 8 febbraio 1873): «[I]l ci sembra impossibile, in buona ragione e in buona giustizia, assimilare completamente lo Stato a un semplice privato».

gatorio al diritto comune, oggi si sarebbe tentati di concludere che il campo del diritto amministrativo è in fase di rifrazione. Infatti, la caratteristica dominante dei movimenti che influenzano il diritto amministrativo così inteso sembra essere quella di una forma di privatizzazione, ma forse si tratta solo di una visione distorta dal punto di vista pubblicista<sup>4</sup>, e un privatista metterebbe invece in evidenza un movimento di pubblicizzazione del diritto privato<sup>5</sup> – che si caratterizza, in particolare, per due fenomeni: un fenomeno di dissociazione tra l'intervento dei soggetti pubblici e l'estensione del diritto amministrativo e un fenomeno di impregnazione del diritto amministrativo da parte delle tecniche che strutturano (ricorso al contratto, ad esempio) e soprattutto delle idee che animano (preoccupazione per la redditività, ad esempio) il diritto privato. Se invece si intende il diritto amministrativo come il diritto del giudice amministrativo, si giungerà senza dubbio alla conclusione che vi sia stata un'espansione del diritto amministrativo, in particolare sotto l'effetto del primato dei diritti fondamentali. La diagnosi relativa all'evoluzione dei confini del diritto amministrativo sarà quindi radicalmente opposta a causa di una definizione iniziale diversa.

Tale constatazione non invalida un approccio riflessivo sull'oggetto del diritto amministrativo ordinato e determinato dai suoi confini, poiché se è corretto considerare che l'identità di un oggetto rimanda alla sua essenza (statica) e il confine al suo campo di esistenza (dinamico) e che quindi la determinazione dell'identità di un oggetto rimane teoricamente distinta dai confini che gli sono assegnabili, occorre convenire, *in definitiva*, che qualsiasi riflessione su tale oggetto non può prescindere dalla necessità di pensare anche, o piuttosto soprattutto, attraverso la lente del confine. Tuttavia, tale constatazione deve consentire di prendere atto di almeno tre difficoltà distinte.

---

4 Domanda secondaria: fino a che punto la «specificità» del diritto amministrativo non è espressione dell'ignoranza del pubblicista nei confronti del diritto privato?

5 Al di là di questo possibile movimento di pubblicizzazione del diritto privato, occorre valutare attentamente che ogni «conquista» del diritto pubblico sul diritto privato comporta una trasformazione del diritto pubblico stesso perché, come sottolinea René Savatier, sulla scia di Jean Rivero, «il diritto pubblico, per avvolgere il diritto privato con i suoi tentacoli, si modella sulla forma di quest'ultimo», *Dal diritto civile al diritto pubblico, attraverso le persone, i beni e la responsabilità civile*, op. cit., p. 16.

La prima difficoltà, difficilmente riducibile, risiede nel fatto che si pensa sempre ai confini di un oggetto al di là dei confini, in particolare quelli disciplinari. Infatti, i confini che si assegnano a un oggetto dipendono anche da chi cerca di tracciarli e in particolare dai confini che egli stesso traccia, consciamente o meno, con discipline diverse dalla propria. Se l'esercizio grafico (tracciare dei limiti) è sempre un esercizio ontologico (determinare delle essenze), è anche un esercizio biografico, nel senso che rivela molto spesso l'identità di chi lo compie. Ora, l'*homo administrativus* ha dovuto storicamente affermare la natura «giuridica» del suo diritto e dare lui stesso garanzie del suo «puro» positivismo, contribuendo così a promuovere una rappresentazione del diritto amministrativo come diritto autarchico, separato dal campo politico e privo di qualsiasi legame con il potere, vale a dire, per quanto ci interessa essenzialmente in questa sede, rendendo impossibile il suo riconoscimento come diritto governativo, come diritto politico<sup>6</sup>.

La seconda difficoltà risiede nel carattere intangibile che si attribuisce al confine, poiché quest'ultimo ha senso solo se la linea che lo costituisce è più o meno fissa. Questa necessità che sentiamo di tracciare linee per dividere i campi e quindi designare gli oggetti rimane un gesto di una forza tale che cancella sia la funzione di interfaccia di ogni designazione di limite sia il carattere artificiale di questo gesto che si oppone al carattere naturalmente mutevole degli spazi che i suoi limiti intendono confinare. Si tende quindi troppo facilmente a considerare – ma è difficile resistere! – che un confine definisca un'identità attraverso l'identificazione di un confine intangibile. Il peso di questa idea di intangibilità del confine spiega ampiamente, a nostro avviso, una tendenza che è stata particolarmente marcata nel diritto amministrativo: la ricerca del criterio del diritto amministrativo. A questo proposito, si può notare, in particolare nella prospettiva dei nostri sviluppi successivi, che la teoria di Georges Vedel delle «basi costituzionali del diritto amministrativo» – teoria basata su un criterio formale che dovrebbe sostituire i criteri materiali di Hauriou (potere pubblico) e Duguit (servizio pubblico) – è ordinata attorno alla volontà particolare di dimostrare «l'identità dello Stato

---

<sup>6</sup> Il diritto politico è innanzitutto, al di là delle molteplici formulazioni che gli vengono attribuite e dei diversi oggetti su cui può pretendere di applicarsi, un gesto di pensiero che si afferma in reazione alla versione normativista del positivismo.

"costituzionale" e dello Stato "amministrativo", ovvero l'unità del diritto pubblico francese»<sup>7</sup>.

La terza difficoltà deriva dal fatto che pretendere di trattare gli attuali spostamenti dei confini del diritto amministrativo significa partire da una definizione più o meno fissa del diritto amministrativo che, logicamente, può derivare solo dalla determinazione dei suoi confini... Tuttavia, l'espressione «diritto amministrativo» è molto difficile da definire nel doppio significato del termine, nel senso che è molto difficile non solo attribuirgli un significato, ma anche attribuirgli una delimitazione. Le controversie relative alla sua definizione coincidono quasi perfettamente con quelle relative alla portata reale dell'autonomia del diritto amministrativo<sup>8</sup> rispetto al diritto privato, naturalmente, ma anche, cosa troppo spesso trascurata, rispetto al diritto costituzionale.

La definizione più comune di diritto amministrativo, ovvero come diritto speciale applicato da un ordine specifico di giurisdizioni, rimane euristicamente carente, almeno per due ragioni. La prima è legata al fatto che, anche se questi fenomeni rimangono marginali, i tribunali giudiziari applicano talvolta il diritto amministrativo ad attività considerate private e possono diventare giudici dell'amministrazione a causa di determinate situazioni o di determinate attività giuridiche. Viceversa, i tribunali amministrativi possono applicare il diritto comune in determinate condizioni e, al di là di un'applicazione letterale, spesso e talvolta anche letteralmente si ispirano alle norme del diritto privato. Ne consegue che la definizione di diritto amministrativo da parte del giudice competente non coincide con l'ambito del diritto amministrativo. La seconda ragione è legata al fatto che tale definizione rinuncia a qualsiasi determinazione materiale del diritto amministrativo. In parole povere, l'oggetto specifico del diritto amministrativo non è definito. Affermare che il diritto amministrativo è il diritto dell'amministrazione non fa altro che spostare la difficoltà sul concetto di amministrazione. Tuttavia, quest'ultimo non è più semplice da definire<sup>9</sup> nella misura in cui può ri-

7 G. VEDEL e P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 1990,<sup>11<sup>a</sup></sup> ed., tomo 1, p. 65.

8 V. Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 2014, tomo I, pagg. 13-152.

9 E. FORSTHOFF sottolineava che «[d]a sempre, la teoria del diritto amministrativo ha incontrato gravi ostacoli nel tentativo *di definire* il proprio oggetto: l'amministrazione. Ciò non è dovuto a uno sviluppo insufficiente di questa scienza. Non si tratta di una carenza della dottrina che potrebbe essere sanata. Al contrario, ciò dipende dalla natura dell'amministrazione: essa può essere descritta, ma non

ferirsi sia a una dimensione organica, sia a una dimensione funzionale.

In senso organico, l'amministrazione designa le istituzioni amministrative. Qui emerge una doppia difficoltà. La prima riguarda l'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato nella misura in cui tali istituzioni non svolgono solo funzioni di interesse pubblico, ma anche funzioni di interesse privato. In altre parole, l'amministrazione in senso organico non si limita alle attività amministrative nel senso funzionale del termine. La seconda difficoltà risiede nell'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto costituzionale, poiché il diritto amministrativo presuppone organi amministrativi distinti dagli organi politici. Tuttavia, non è così, come illustra in modo esemplare il ministro che è allo stesso tempo membro del governo (organo politico) e capo di servizio (organo amministrativo).

In senso funzionale emerge la stessa doppia difficoltà individuata per il senso organico. La prima riguarda l'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato, nella misura in cui l'amministrazione svolge una serie di funzioni che, in alcuni casi, sono assicurate anche da imprese private. Ne consegue che il diritto amministrativo va oltre l'ambito delle sole persone giuridiche di diritto pubblico. La seconda difficoltà riguarda l'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto costituzionale, poiché l'esistenza di un diritto amministrativo presuppone che sia acquisita la distinzione, all'interno della funzione esecutiva, tra due tipi di funzioni (la funzione politica o governativa e la funzione amministrativa), cosa che, come vedremo più ampiamente in seguito, è ben lungi dall'essere il caso.

La manifestazione scientifica in cui questo contributo si inserisce deve consentire di ricordare in generale che il diritto amministrativo, come del resto qualsiasi oggetto delle scienze sociali, non preesiste alla sua comprensione e che quindi il diritto amministrativo, inteso sia come disciplina accademica che come corpus normativo, risulta il prodotto di punti di vista diversificati e di opzioni scelte, in particolare epistemologiche, che lo istituiscono. È quindi necessario riconoscere con Jacques Caillosse che «esistono effettivamente tanti "diritti amministrativi" quanti sono i problemi elaborati per cercare di renderli oggetto di conoscen-

---

definita», *Trattato di diritto amministrativo tedesco*, Bruxelles, Bruylant, 1969, pagg. 35-36.

za»<sup>10</sup>. Più specificamente, si tratterà qui di combattere una tendenza molto forte della dottrina amministrativista che consiste nello studiare il diritto amministrativo come un sistema chiuso che funzionerebbe secondo regole proprie, indifferente al contesto storico e politico in cui è prodotto e si perpetua. Poiché questo contributo ha il compito di discutere il diritto governativo, nella misura in cui la questione dei confini del diritto amministrativo rimanda sia alle linee di demarcazione con altri oggetti, sia alla questione della costituzione stessa dell'oggetto diritto amministrativo, si tratterà innanzitutto del diritto amministrativo nel suo rapporto con il diritto governativo (I), poi del diritto amministrativo inteso come diritto governativo (II).

## 2. Il diritto amministrativo e il diritto governativo

*«A mio avviso, non ci si è sufficientemente impegnati nel definire chiaramente i rapporti che devono esistere tra il diritto amministrativo e il diritto politico.»<sup>11</sup>*

*Tocqueville*

Nel XIX secolo, la dottrina costituzionale ha progressivamente sostenuto l'idea, e in particolare sulla scia in del trattato di Eugène Pierre<sup>12</sup>, che il diritto derivante dall'attività parlamentare dovesse, alla luce delle sue caratteristiche specifiche e dell'autonomia organizzativa del Parlamento, raggiungere lo status di diritto autonomo e di una disciplina a sé stante: il diritto parlamentare.

È grazie a un ragionamento analogico che in una parte della dottrina costituzionale contemporanea è maturata progressivamente l'idea dell'esistenza di un «diritto governativo». Mentre ormai il diritto parlamentare è consacrato (ma non più insegnato...), il riconoscimento di un diritto governativo è stato favorito dalla pubblicazione di opere come quelle di Jean Massot (*Le Chef du gouverne-*

---

10 J. CAILLOSSE, « Sur les enjeux politiques et idéologiques du droit administratif », *La Revue administrative*, n° 208, 1982, p. 362.

11 A. de TOCQUEVILLE, «Rapporto presentato all'Accademia delle scienze morali e politiche sul libro di M. Macarel intitolato *Cours de droit administratif*», in *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, Michel Lévy frères, 1866, vol. 9, p. 73.

12 E. PIERRE, *Trattato di diritto politico, elettorale e parlamentare*, Librairies-imprimeries réunies, 1893.

ment en France, 1979), Jacques Fournier (*Le Travail gouvernemental*, 1987) o ancora di Olivier Schrameck (*Les Cabinets ministériels*, 1995) e infine consacrato dai lavori di Matthieu Caron<sup>13</sup>. È quindi solo di recente che una parte della dottrina costituzionale si è interessata alla vita interna del governo. La constatazione che giustifica questo interesse è legata al trasferimento del potere dal Parlamento all'organo esecutivo avvenuto sotto la Ve Repubblica. Considerando di essere passati da una «Repubblica parlamentare» a una «Repubblica governativa», numerosi autori hanno ritenuto opportuno fornire una definizione giuridica di questa «Repubblica governativa», in particolare dando forma e consistenza a un «diritto governativo».

Riprendendo la definizione offerta da Matthieu Caron, il diritto governativo può essere inteso come «il diritto appositamente creato dal Governo per organizzarsi»<sup>14</sup>, poiché è vero che l'istituzione governativa elabora, in misura sufficientemente ampia da giustificarne la considerazione come diritto autonomo, le regole della propria organizzazione e del proprio funzionamento. L'ipotesi fondamentale che sta alla base dell'esistenza stessa di questo diritto è, come si può vedere, che ogni istituzione crea, in misura più o meno grande, il proprio ordinamento giuridico. Così come il Parlamento ha creato il diritto parlamentare, l'Esecutivo, inteso come unità organica, crea il proprio diritto: il diritto governativo. Si tratta quindi di un approccio particolare al diritto costituzionale che lo concepisce come un diritto istituzionale, un diritto politico, e che quindi riconosce il fatto che il diritto possa essere prodotto proprio da coloro ai quali si applica. Postuliamo qui, per le esigenze del caso, che il diritto governativo esista effettivamente per misurare quanto il diritto governativo, implicando un ampliamento dell'oggetto del diritto costituzionale, sia tale da sconvolgere il confine tra quest'ultimo e il diritto amministrativo.

Questo diritto governativo si presenta infatti come un diritto al confine tra il diritto amministrativo e il diritto costituzionale, intesi entrambi sia come insieme di norme che come disciplina accademica. Come corpus normativo, il diritto governativo è composto certamente da norme e consuetudini costituzionali, che

---

13 M. CARON, *L'autonomia organizzativa del Governo. Ricerca sul diritto governativo della V Repubblica*, Fondazione Varennes, 2015.

14 M. CARON, *Diritto governativo*, Lextenso, 2020, p. 15.

in quanto tali rientrano nel diritto costituzionale, inteso in ogni caso come diritto politico, ma anche e soprattutto da atti normativi (decreti, ordinanze e circolari) che rientrano nel diritto amministrativo. Si noti inoltre che è proprio il giudice amministrativo il custode del diritto governativo, il che induce un'interessante disconnessione tra la natura di un diritto (diritto costituzionale) e il giudice competente (giudice amministrativo). Come disciplina, è altrettanto sorprendente constatare quanto il ricorso ai concetti e alle categorie del diritto amministrativo abbia permesso di costruire il diritto governativo. Ne è una testimonianza esemplare il ricorso da parte di Matthieu Caron al concetto di «ordine interno», che descrive il diritto governativo come «questo diritto speciale dell'ordine interno, "nato negli interstizi" dell'istituzione governativa e dei silenzi della Costituzione»<sup>15</sup>.

Poiché il diritto amministrativo non è riflessivo, nel doppio senso del termine, pensare e riflettere, come un diritto politico, il diritto governativo è condannato dagli amministrativisti a costituire solo una provincia del diritto costituzionale ai «confini» del diritto amministrativo. Per comprenderlo e per interessarsi, per il momento, alla sola dimensione dottrinale, è opportuno risalire alla legge del 24 maggio 1872 relativa alla riorganizzazione del Consiglio di Stato e alla vittoria di Édouard Laferrière, vicepresidente del Consiglio di Stato e artefice della sua attuazione su Anselme Batbie, allora deputato, che ne fu il principale ispiratore.

Laferrière, infatti, nel suo *Trattato sulla giurisdizione amministrativa* e sui ricorsi contenziosi, promuove una rappresentazione del diritto amministrativo, ormai largamente maggioritaria, come il diritto di controllo esercitato dal giudice sull'amministrazione, dove la questione principale che si pone è pertanto quella della competenza del giudice amministrativo, mentre Batbie, nel suo *Trattato teorico e pratico di diritto pubblico e amministrativo*, offriva una rappresentazione del diritto amministrativo come diritto pubblico legato alla società e determinato dalla politica. Questo fondamentale lascito di Laferrière è sobriamente espresso da Jean Rivero quando spiega che «un problema pratico è stato all'origine di tutte le sue ricerche [quelle della dottrina]: la delimitazione delle competenze ammi-

---

15 *Ibid.*, p. 16.

nistrative e giudiziarie»<sup>16</sup>. La sovradeterminazione di questa questione ha contribuito in modo determinante a concepire il diritto amministrativo non come un diritto politico, ma come un diritto giurisprudenziale, cioè proprio come un diritto apolitico o metapolitico. Una simile tendenza è senza dubbio tributaria della teoria positivista-normativista<sup>17</sup>, e non è quindi propria del diritto amministrativo. A questo proposito, Olivier Jouanjan sottolinea giustamente che «[i]l problema comune a tutti questi modi abituali di parlare, anche tra i giuristi, è che si fa del diritto un'istanza separata, autonoma e come situata al di sopra del mondo politico degli uomini. Come se il diritto funzionasse da solo. Come se il diritto avesse un'essenza propria e apolitica. Si immagina un diritto che sarebbe pura idealità, in grado di ricondurre la politica alla pura ragione»<sup>18</sup>. Resta il fatto che, sebbene tale tendenza non sia certamente propria del diritto amministrativo, è proprio in questa disciplina che essa è così forte, poiché si è trattato di rendere l'amministrazione e il diritto amministrativo una sorta di «zona neutralizzata», cioè uno spazio distaccato dalle contingenze politiche, proprio al fine di garantire la «neutralizzazione del campo amministrativo»<sup>19</sup> rispetto al campo politico. È proprio questo postulato della natura metapolitica, se non addirittura apolitica, del diritto amministrativo che ora occorre mettere in discussione e contestare, trattando il diritto amministrativo come diritto governativo.

### 3. Il diritto amministrativo come diritto governativo

*«La Rivoluzione francese, che ha introdotto tante novità nel mondo, non ha creato nulla di più nuovo di quella parte del*

---

16 J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1981, tomo 2, p. 188 (sottolineato da noi).

17 L'influenza del positivismo-normativismo ha indubbiamente portato i giuristi francesi a fingere di ignorare il peso decisivo dei fattori ideologici e politici nella rappresentazione delle cose del diritto e nella rappresentazione giuridica delle cose.

18 O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019, p. 12. L'autore completa la sua critica precisando che, a suo avviso, « [n]on ci si rende conto che ciò che chiamiamo "diritto" è una *finzione* ».

19 J. CAILLOSSE, « Le partage administration/politique : un impensé des doctrines de la séparation des pouvoirs » (La divisione tra amministrazione e politica: un aspetto trascurato delle dottrine della separazione dei poteri)? », in P. MBONGO (dir.), *La séparation entre administration et politique en droits français et étrangers*, Berger-Levrault, 2014, p. 32.

*nostro diritto politico che riguarda l'amministrazione  
propriamente detta<sup>20</sup>»*

*Tocqueville*

Il diritto amministrativo non è mai presentato, a nostra conoscenza, come un diritto governativo, cioè come un diritto politico<sup>21</sup>. Dire che il diritto amministrativo è un diritto governativo rimanda infatti, in prima approssimazione, o a una tautologia o a un ossimoro.

A una tautologia perché se si intende l'espressione diritto governativo nel senso elementare di un diritto che proviene dal governo, cioè dall'organo esecutivo in senso lato, e che mira a regolare l'organizzazione, il funzionamento e l'attività delle amministrazioni pubbliche, si dovrebbe ammettere, più o meno facilmente, che il diritto amministrativo è effettivamente un diritto governativo. A un ossimoro nella misura in cui l'autonomia stessa del diritto amministrativo impone di non considerarlo come un diritto governativo. Infatti, il diritto amministrativo è proprio l'opposto di un diritto governativo, poiché è possibile (come corpus normativo) e pensabile (come disciplina accademica) solo nella misura in cui esiste una distinzione, all'interno della funzione esecutiva, tra una funzione governativa e una funzione amministrativa.

L'importanza decisiva della questione dell'esistenza di una funzione amministrativa distinta dalle altre funzioni dello Stato non era sfuggita alla dottrina classica, così come l'assoluta necessità, in quanto esistenziale, di una differenziazione tra le funzioni governative e amministrative all'interno della funzione esecutiva aveva anche portato il Consiglio di Stato a discernere, in linea con la legge del 24 maggio 1872, gli atti amministrativi suscettibili di ricorso dagli atti nei confronti dei quali il giudice amministrativo intendeva affermare la propria incompetenza, atti che egli qualificherà giustamente come atti di governo. È quanto ricorda Édouard Laferrière quando scrive: «Questi due tipi di atti corrispondono, infatti, a diverse attribuzioni del potere esecutivo: amministrare e gover-

---

20 A. de TOCQUEVILLE, «Rapporto presentato all'Accademia delle scienze morali e politiche sul libro di M. Macarel intitolato *Cours de droit administratif*», *op. cit.*, p. 60.

21 *Contra*. P. LEGENDRE, «La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France», in *Trésor historique de l'État en France*, Fayard, 1992, p. 578-609.

nare»<sup>22</sup>. Tale idea di dualità funzionale è ripresa nel secolo successivo da René Capitant, per il quale «se da un lato esistono atti amministrativi e dall'altro atti di governo, è perché il potere esecutivo è duplice: da un lato, comprende il potere di compiere atti amministrativi (ciò che chiamiamo potere amministrativo) e dall'altro il potere di compiere atti di governo (ciò che chiamiamo potere governativo)»<sup>23</sup>. E infatti, poiché gli atti di governo sono atti decisionali emanati dall'organo esecutivo, la loro immunità giurisdizionale può basarsi solo sull'idea che in alcuni casi gli atti di tale organo siano di natura «governativa» o «politica» e non «amministrativa». Se ciò che determina ormai l'incompetenza del giudice non è più il «movente politico», ovvero l'intenzione soggettiva dell'atto, ma il suo oggetto politico, ovvero il suo contenuto oggettivo – non si dovrebbe del resto esitare a parlare del criterio dell'«oggetto politico» –, occorre convenire che l'atto di governo è necessariamente quello che rientra nell'esercizio della funzione governativa. L'aspetto «politico» rimane centrale e primario nella sottile arte di discernere un atto di governo dietro un atto amministrativo. L'esistenza stessa della categoria di atto di governo presuppone quindi l'esistenza e quindi il riconoscimento di una funzione governativa distinta da una funzione amministrativa. Ma proprio la dottrina amministrativa non la mette in questo modo e si limita a un gioco di prestigio che consiste nel limitarsi a stilare un elenco, senza dubbio per evitare di riflettere sul motivo e riconoscerne la giustificazione.

La natura decisiva di questa questione della funzione amministrativa, ovvero della funzione specifica svolta dallo Stato quando agisce in qualità di autorità amministrativa, è stata ben definita da Maurice Hauriou. Nella sua nota di sentenza sul caso dei panettieri di Poitiers (1901), egli scrive: «In Francia non siamo abituati ad approfondire il problema della funzione amministrativa. Viviamo sotto l'influenza di questa concezione un po' superficiale secondo cui l'Amministrazione è l'attività di alcuni organi denominati amministrativi. L'Amministrazione è l'attività del potere esecutivo. Quanto a chiederci se tale attività sia condizionata da una funzione da svolgere che sarebbe la funzione amministrativa, è una curiosità che non abbiamo spesso avuto». Tuttavia, secondo lui, «è urgente elaborare

---

22 É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1888, t. II, p. 31.

23 R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public*, Parigi, Les Cours de droit, 1956, pagg. 17-18.

una teoria, un sistema, sulla natura della funzione amministrativa», perché senza di essa non esiste diritto amministrativo! Pur non avendo la pretesa di dedicarsi, nel modesto ambito della sua nota, a una simile impresa, è interessante notare che egli scrive comunque: «La prima regola da stabilire ci sembra essere questa: la funzione amministrativa è [...] essenzialmente politica<sup>24</sup>» Pertanto, la funzione amministrativa dell'esecutivo è quella che dovrebbe distinguersi dalla sua funzione politica, ma è essa stessa «essenzialmente politica».

Non c'è da stupirsi nel vedere il grande Hauriou sollevare la questione, riconoscerle un carattere esistenziale in senso letterale e non averle mai dato una vera risposta? La spiegazione fondamentale risiede forse nell'ambivalenza costitutiva del diritto amministrativo: è stato necessario «privatizzare» il diritto amministrativo per distinguerlo meglio dal diritto privato. In altre parole, era necessario rendere il diritto amministrativo un «vero» diritto<sup>25</sup>, e storicamente è stato proprio il contributo di Hauriou a plasmare il diritto amministrativo sul modello del diritto privato, per distinguerlo meglio da esso. Il diritto amministrativo si è quindi costruito in un puro gioco di specchi con il diritto privato, concentrandosi sul principio della separazione delle autorità amministrative e giudiziarie e trascurando di conseguenza il principio costituzionale della separazione dei poteri politici, come vedremo più avanti, ovvero trascurando non solo il rapporto tra diritto amministrativo e diritto costituzionale e quindi la questione dell'unità del diritto pubblico, ma anche la natura politica del diritto amministrativo. Un'altra spiegazione più prosaica è legata al fatto che appare estremamente difficile individuare un criterio distintivo definitivo di questa funzione amministrativa. Esaminando gli scritti della dottrina classica, si è costretti a concludere che tutti i criteri che sono stati individuati (gerarchico, finalistico, materiale, organico, ecc.) si sono rivelati infruttuosi<sup>26</sup>. Ciò ha portato gradualmente alcuni autori a negare logica-

---

24 M. HAURIOU, nota sotto Consiglio di Stato,<sup>1°</sup> febbraio 1901, *Descroix e altri panettieri di Poitiers*, ripreso in *La giurisprudenza amministrativa dal 1892 al 1929*, Raccolta Sirey, 1929, tomo 1, pagg. 163-164.

25 Va ricordato che, storicamente, nell'espressione «diritto derogatorio del diritto comune», la parola importante è «diritto»: se è «derogatorio del diritto comune», è perché il diritto amministrativo è effettivamente un «diritto».

26 V. P. SERRAND, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum*, n° 4, 2010.

mente la distinzione tra funzione amministrativa e funzione governativa, come il decano Louis Favoreu che conclude nella sua tesi che «non esiste alcuna distinzione giuridica tra funzione governativa e funzione amministrativa»<sup>27</sup>. In ogni caso, sfruttare l'assenza di un criterio distintivo per concludere che non esista una funzione amministrativa appare piuttosto singolare, poiché non esiste nemmeno un criterio definitivo del concetto di interesse generale senza che ciò porti a negare l'esistenza stessa di tale concetto o l'esistenza di concetti, come quello di servizio pubblico, che si basano su di esso. Il diritto amministrativo è proprio il diritto della «funzione amministrativa», semplicemente è difficile assegnargli una definizione precisa. Tale difficoltà non significa che essa non esista, ma che il diritto amministrativo è un diritto che postula l'esistenza di una funzione specifica che non può dimostrare in modo certo. E se non è possibile distinguere all'interno della funzione esecutiva, non è perché non esiste, ma semplicemente perché il diritto amministrativo è irriducibilmente un diritto politico!

La natura «politica» del diritto amministrativo ha senza dubbio risentito pesantemente dell'abbandono di ogni riflessione su questa funzione amministrativa. Olivier Beaud ha potuto considerare che «questo solo fatto [l'abbandono] ha portato alla scomparsa dal diritto amministrativo dell'intera riflessione sulle funzioni dello Stato»<sup>28</sup> e quindi a dissolvere il legame tra diritto amministrativo e diritto costituzionale e, ancora più certamente, a misconoscere la natura politica del diritto amministrativo. Tale abbandono spiega a sua volta il ricorso permanente, su cui torneremo, al principio ritenuto essenziale perché esistenziale della «separazione dei poteri amministrativo e giudiziario» derivante dalla legge del 16-24 agosto 1790.

Il continuo richiamo a questa «legge salica»<sup>29</sup> del diritto amministrativo ha finito per recidere il legame tra il diritto amministrativo e la separazione dei poteri

---

27 L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1965, p. 221.

28 O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY e Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, tomo 1, p. 226.

29 G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, n° 5, 1990, p. 698. È importante valutare attentamente il legame tra Vedel e Waline che, fin dalla prima edizione del suo *Manuale*, insisteva sul fatto che rinunciare al principio della separazione tra autorità amministrative e giudiziarie equivarrebbe a «rinunciare alla giurisdizione amministrativa [e] allo stesso tempo [...] al diritto amministrativo», *Manuel élémentaire de droit administratif*, Recueil Sirey, 1936, p. 31.

politici, per concentrarsi esclusivamente sulla questione dell'autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato.

È un retaggio diretto di questo modo di vedere le cose, che Georges Vedel<sup>30</sup> non esitò a definire «rivoluzionario», proprio di Marcel Waline. La questione fondamentale non può essere l'esistenza teorica di una funzione amministrativa, che è certamente difficile da individuare, ma una questione molto più prosaica: «Perché esiste un diritto amministrativo autonomo? Perché non si applica il diritto civile ai rapporti tra le amministrazioni e i cittadini?»<sup>31</sup>. Laddove Hauriou avrebbe risposto che ciò si spiega con l'esistenza di un «regime amministrativo dello Stato»<sup>32</sup>, ovvero avrebbe dato una risposta basata sulla natura politica del diritto amministrativo (legata al concetto di Stato<sup>33</sup>), Waline risponderà con il principio della separazione delle autorità amministrative e giudiziarie, principio che darà origine, a suo tempo, alla teoria delle basi costituzionali del diritto amministrativo di Vedel. Se la centralità riconosciuta a questo principio è stata indubbiamente benefica per la creazione e il mantenimento dei confini del diritto amministrativo rispetto al diritto privato, «il nemico» sempre sospettato di voler abolire i confini a proprio vantaggio, ne è derivata una perdita di senso della natura politica del diritto amministrativo nella misura in cui esso non tiene più conto della separazione dei poteri politici. Lo si può vedere, a titolo illustrativo, attraverso l'eredità intellettuale di Léon Duguit. Mentre quest'ultimo ha costruito la sua dottrina del servizio pubblico, fondata sull'idea di solidarietà sociale, non per dare un criterio distintivo del diritto amministrativo (rispetto al diritto privato), ma per rivelare l'essenza politica del diritto pubblico, la cosiddetta Scuola del servizio pubblico (Jèze, Rolland, de Laubadère...), concentrandosi esclusivamente sul confine tra diritto amministrativo e diritto privato, considererà il servizio pubblico solo come un semplice criterio di competenza del giudice amministrativo.

30 G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1981, tomo II, nota 22, p. 134.

31 M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, op. cit., p. 1.

32 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1911, 7<sup>ème</sup> éd., prefazione, p. XII.

33 Anche R. CARRÉ DE MALBERG apre il suo *Contribution à la Théorie générale de l'État* con questa formula:

«Qualsiasi studio del diritto pubblico in generale e del diritto costituzionale in particolare implica e presuppone il concetto di Stato», Librairie du Recueil Sirey, 1920, ristampato dalle edizioni del CNRS nel 1962, p. 1.

vo e quindi, in questo senso stretto, come la «pietra angolare» di un diritto amministrativo in cui la questione centrale è quella della competenza del giudice amministrativo rispetto al giudice giudiziario. A vantaggio di questa esclusiva focalizzazione sui legami tra diritto amministrativo e diritto privato, quello tra diritto amministrativo e diritto costituzionale, pur essendo esistenziale, ha finito per allentarsi, con almeno due effetti principali: un effetto di «de-essenzializzazione» e un effetto di «de-realizzazione»<sup>34</sup> del diritto amministrativo.

Si tratta innanzitutto di un effetto di «de-essenzializzazione», ovvero di una perdita di vista dell'essenza e del significato del diritto amministrativo. Ad esempio, mentre ieri la teoria degli atti di governo era oggetto di riflessione da parte degli amministrativisti alla luce di una certa teoria dello Stato-nazione, tanto più forte in quanto ampiamente trascurata<sup>35</sup>, oggi è vista quasi esclusivamente attraverso il prisma della teoria dello Stato di diritto.

La teoria dello Stato di diritto, poco approfondita, determina ormai in larga misura le posizioni maggioritarie della dottrina amministrativista contemporanea: ferma denuncia dell'esistenza stessa degli atti di governo come simbolo dell'arbitrarietà politica<sup>36</sup>, anche se logicamente essi possono esistere solo negli Stati liberali; accompagnamento senza grandi riserve di tutte le estensioni del controllo giurisdizionale decise dal Consiglio di Stato (ultimo esempio simbolico: il riconoscimento della responsabilità dello Stato per le leggi dichiarate incostituzionali dal Consiglio costituzionale); promozione quasi incondizionata dei «diritti fondamentali»<sup>37</sup>, il mito dell'autoistituzione dell'individuo sembra ormai tanto potente tra gli amministrativisti quanto lo era ieri il mito dell'autolimitazio-

---

34 O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY e Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 212.

35 V. É. FRAYSSE, *L'État dans la construction doctrinale du droit administratif*, L'Harmattan, 2022.

36 Cfr. l'opera pionieristica su questa prospettiva di P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Recueil Sirey, 1935. <sup>37</sup> CE Ass. 24 dicembre 2019, *Société Paris Clichy et autres*. Per un esempio calzante di una lettura dottrinale che difende l'idea che il riconoscimento giurisprudenziale della responsabilità dello Stato legislatore costituisca una sorta di completamento salutare della sottomissione dello Stato allo Stato di diritto, cfr. Th. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, 2019.

37 Ci sembra altamente significativo che Yann Aguila, allora membro eminente del Consiglio di Stato, abbia scritto che «la garanzia dei diritti fondamentali» è «senza dubbio il fondamento principale, oggi, della giustizia amministrativa», «La giustizia amministrativa, un modello maggioritario in Europa. Il mito dell'eccezione francese alla prova dei fatti», *AJDA*, n. 6, 2007, p. 290.

ne dello Stato<sup>38</sup>, ecc.

Tutte queste posizioni si basano sul presupposto che lo Stato moderno sia uno Stato di diritto, il che comporta la negazione della natura politica del diritto amministrativo, ovvero la dipendenza del diritto amministrativo dallo Stato-nazione. Infatti, lo Stato moderno non è lo Stato di diritto, ma lo Stato-nazione. È questo Stato-nazione che ha offerto lo spazio per lo sviluppo sia della democrazia moderna (governo della maggioranza) che dello Stato di diritto (governo delle leggi), il che implica che quest'ultimo deve conciliarsi con i requisiti dello Stato-nazione. La dottrina di ieri non trascurava questo punto fondamentale. Si può citare qui il commento di Marcel Waline, che in un certo senso ha seppellito la dottrina classica, in merito alla famosa sentenza del Consiglio di Stato *Debaene* del 7 luglio 1950: «Si dirà che si tratta di un principio molto pericoloso, che fa prevalere la ragion di Stato sulla legalità. Tuttavia, riflettiamo: tutta la legalità crollerebbe in un colpo solo se lo Stato scomparisse<sup>39</sup>» Con queste parole, egli ricorda non solamente che lo Stato di diritto è possibile solo nell'ambito dello Stato-nazione, unico in grado di garantire i diritti, ma anche che la preminenza della difesa dei diritti dello Stato costituisce la ragion d'essere ultima del diritto amministrativo, poiché «ciò che distingue fundamentalmente il diritto amministrativo dal diritto privato è che in esso interviene in ogni momento, in modo più o meno evidente, ma sempre almeno in filigrana, l'idea del primato dell'interesse pubblico (...)»<sup>40</sup>. Non riconoscere che il diritto amministrativo è un diritto politico porterà, in modo falsamente paradossale, alla scomparsa del diritto amministrativo così com'è o implicherà ripensarlo non più nella prospettiva dei suoi legami con lo Stato-nazione, ma in quella, molto più incerta per esso, dello Stato di diritto. A nostro avviso, in questa prospettiva che a lungo termine comporterà l'assimilazione dello Stato all'individuo<sup>41</sup> – una tale tendenza non è già individuabile nella sottomissione dello Stato al diritto della concorrenza, al diritto dei consumatori,

---

38 Si pensi, ad esempio, alla famosa parola «miracolo» che apre ancora il *Que-Sais-Je ?* di P. WEIL e D. POUYAUD, *Le droit administratif*, PUF, 2017, 25<sup>ème</sup> éd., p. 3.

39 M. WALINE, commento su CE 7 luglio 1950, *Sieur Debaene*, ripreso in *Notes d'arrêts di Marcel Waline*, Dalloz, 2005, vol. II, p. 664.

40 *Ibidem*

41 Cfr. nota 3 del presente testo.

ecc., sotto l'effetto in particolare del diritto dell'Unione Europea, questo «Stato» che è proprio solo di diritto? –, si arriverà a redigere l'atto di morte del diritto amministrativo alla francese, cioè fondato su un doppio dualismo giuridico e giurisdizionale. Dopo tutto, perché no, ma ci sarà consentito di stupirci che anche gli amministrativisti contribuiscano essi stessi a scavare la fossa.

Sostenere che il diritto amministrativo sia un diritto politico va ben oltre la questione del riconoscimento del ruolo politico del giudice amministrativo e in particolare del Consiglio di Stato o ancora delle sfide politiche o della portata politica delle sentenze in materia di diritto amministrativo<sup>42</sup>. Naturalmente, si può seguire Danièle Lochak quando sostiene che «poiché è il giudice dell'esecutivo, quindi del potere, [il giudice amministrativo] è portato, per forza di cose, a svolgere un ruolo politico»<sup>43</sup>. Infatti, se si può discutere, senza dubbio all'infinito, sulle modalità e sull'intensità di questo ruolo, sembra tuttavia ormai azzardato ripudiarne il principio. Resta il fatto che considerare il diritto amministrativo come diritto politico va ben oltre questo riconoscimento e comporta una vera e propria rivoluzione per il diritto amministrativo contemporaneo, sia nel suo senso astronomico (ritorno al modo in cui questo diritto era inteso) che in quello politico (rottura con il modo in cui è ora inteso).

Se è vero, come abbiamo detto, che è stata una certa teoria generale dello Stato<sup>44</sup> ad arricchire dottrinalmente il diritto amministrativo, oggi non è più così. Restiamo ancora con Maurice Hauriou, ovvero colui il quale, secondo la famosa espressione di Jean Rivero, «ha dato inizio al diritto amministrativo che è ancora il nostro»<sup>45</sup>. Se è ancora il nostro, bisogna constatare che i suoi eredi non gridano più con lui: «Ci stanno cambiando il nostro Stato».» Eppure... chi non vede che la perdita di identità del diritto amministrativo è accompagnata da quella della teoria dello Stato? In controtendenza rispetto a una «dimenticanza dello Stato» nella scienza contemporanea del diritto amministrativo, Olivier Beaud è uno dei

---

42 Cfr. J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER, D. LOCHAK e Th. PERROUD (a cura di), *Les grandes arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019.

43 D. LOCHAK, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19.

44 Si scrive «una certa», per rendere conto del paradosso che si crea tra la statolatria francese, legata alla sua ideologia liberal-statista, e il fatto che «la teoria dello Stato» non costituisce in Francia una disciplina centrale e autonoma.

45 J. RIVERO, «Maurice Hauriou et le droit administratif», *Pages de doctrine*, LGDJ, 1981, tomo 1, p. 32.

rari autori a sostenere una comprensione del diritto amministrativo «come un diritto eminentemente politico»<sup>46</sup>. Lo fa senza aderire al movimento «Critica del diritto» che, in linea con il suo obiettivo programmatico, intendeva promuovere una «scienza politica del diritto» basata su una concezione marxista<sup>47</sup>. La sua prospettiva è infatti quella del «diritto politico», nel senso in cui viene invariabilmente promosso, nonostante le sue molteplici varianti, nell'ambito dell'Institut Villey, e costituisce piuttosto il collegamento tra il diritto amministrativo e la teoria dello Stato. In questo modo, Olivier Beaud segue le orme di Roger Bonnard, fedele erede di Léon Duguit, nella misura in cui per entrambi gli autori si trattava di «collegare il diritto costituzionale e il diritto amministrativo in uno slancio comune di fondazione»<sup>48</sup>, considerando che «non si può giungere a una conoscenza scientifica adeguata del diritto amministrativo senza basarsi su una teoria del diritto e dello Stato»<sup>49</sup>.

Considerare il diritto amministrativo come un diritto governativo inviterebbe ad abbandonare un approccio incentrato sulla sua distinzione dal diritto privato, che lo condanna a un'identità derogatoria, per cercare di conferirgli un'identità propria, all'interno stesso del diritto pubblico. Sembra che il diritto amministrativo sia ormai sufficientemente sicuro della propria storia e identità, anche se quest'ultima rimane ovviamente mutevole, per non essere più vissuto come un diritto derogatorio del diritto comune, ma piuttosto come il diritto comune dell'amministrazione. Discernere e forse soprattutto assumere la natura politica del diritto amministrativo comporterebbe quindi sia una certa ricomposizione del diritto amministrativo inteso come disciplina, sia una certa riconfigurazione del diritto amministrativo inteso come corpus di norme.

Per quanto riguarda il diritto amministrativo come disciplina, come sottolinea giustamente Jacques Caillosse, qualsiasi tentativo di (ri)pensare il diritto

---

46 O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY e Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 209.

47 V. A. DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ, 1978 o ancora J.-J. GLEIZAL, *Le droit politique de l'État. Essai sur la production historique du droit administratif*, PUF, 1980.

48 X. BIOY, « L'identité disciplinaire du droit public », in X. BIOY (dir.), *L'identité du droit public*, Tolosa, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso Éditions, 2011, p. 20.

49 R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1940, 3<sup>ème</sup> éd., p. 21.

amministrativo porta a «inserire nell'ambito assegnato al diritto amministrativo questioni trascurate, il più delle volte dai giuristi di dottrina»<sup>50</sup>. Concepire il diritto amministrativo come un diritto politico dovrebbe indurre gli amministrativisti ad affrontare alcune tematiche sorprendentemente, per non dire indebitamente, trascurate, come ad esempio il controllo politico, e in questo caso parlamentare, dell'amministrazione. La giustificazione di tale controllo si basa, nel caso della Francia, sull'articolo 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che stabilisce che «la società ha il diritto di chiedere conto a qualsiasi funzionario pubblico della sua amministrazione». Abbandonando la democrazia diretta a favore del regime rappresentativo, è abbastanza naturale che l'esercizio effettivo della funzione di controllo dell'attività amministrativa sia stato affidato all'organo parlamentare. Nel quadro del regime parlamentare, poiché non esiste un rapporto diretto tra l'amministrazione e il Parlamento, ma rapporti mediati dal governo, si applica qui quella che si potrebbe chiamare, scherzosamente, la teoria del «ministro-schermo», nella misura in cui il ministro funge effettivamente da schermo giuridico tra il Parlamento e l'amministrazione.

Questo controllo e il suo studio sono assolutamente essenziali. Per esserne certi, si può citare il grande sociologo Max Weber. Quest'ultimo, considerando senza dubbio a ragione che il vero potere che si esercita negli Stati moderni si trova «inevitabilmente nelle mani dei funzionari»<sup>51</sup>, insisteva così non solo sull'importanza del controllo che il Parlamento deve esercitare sull'attività amministrativa, ma anche sul suo studio per chi intende, in ogni caso, pretendere una visione effettiva delle cose. Ora, questa tematica del controllo politico dell'amministrazione soffre in Francia di una sorta di «conflitto negativo»: né il diritto costituzionale né il diritto amministrativo, intesi come discipline, si dichiarano competenti per trattarla. Sfogliando i manuali delle due discipline, si nota che il costituzionalista si interessa solo al «vero» controllo politico, cioè, per lui, in ragione di ciò che ritiene essere il suo oggetto, quello del Parlamento sulla politica della Nazione condotta dal governo, mentre l'amministrativista intende dedicarsi

---

50 J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 22.

51 M. WEBER, «Parlamento e governo nella Germania riorganizzata. Contributo alla critica politica del corpo dei funzionari e del sistema dei partiti», in M. WEBER, *Scritti politici (1895-1919)*, Albin Michel, 2004, p. 323.

anch'egli al "vero" controllo che è, in ragione del suo tropismo contenzioso, il controllo giurisdizionale dell'amministrazione.

Considerare il diritto amministrativo come un diritto politico porterebbe anche, in linea diretta, a investire il concetto di «potere amministrativo», senza concedersi la facilità di esportare la questione nel campo della «scienza amministrativa» (sempre una questione di confini...) o di dissolverla semplicemente considerandola irrilevante, nella misura in cui la concezione francese dell'amministrazione, strettamente strumentale, renderebbe priva di senso la stessa questione di un potere amministrativo. Infatti, in Francia, l'amministrazione è considerata nient'altro che il "braccio" dell'esecutivo, che sarebbe "la testa", per riprendere la forte metafora organicista utilizzata da Alexandre-François Vivien nei suoi *Études administratives*<sup>52</sup>. Tale metafora rimanda a due dimensioni distinte, ma convergenti: la separazione dell'amministrazione dalla politica e la subordinazione dell'amministrazione alla politica, e più precisamente all'organo esecutivo.

Per quanto riguarda la separazione tra amministrativo e politico, essa si basa sulla distinzione giuridica tra i rappresentanti (eletti) e gli agenti (funzionari). Questa distinzione, definita da Evelyne Pisiert e Pierre Bouretz «pietra di paragone del diritto pubblico repubblicano»<sup>53</sup>, risale in realtà agli albori della Rivoluzione e non è quindi, in senso stretto, «repubblicana» – e contrappone «potere rappresentativo» (mandato detto rappresentativo) e «potere commissario» (che deriva da commissione). Il dovere di lealtà, il dovere di obbedienza, sotto pena di sanzioni disciplinari per gli agenti – salvo nel caso per definizione eccezionale del dovere di disobbedienza<sup>54</sup> – si oppone qui al divieto del mandato imperativo per i

---

52 A-F. VIVIEN, *Études administratives*, Guillaumin, 1852, 2<sup>ème</sup> éd., t. 1, p. 30: «Il potere politico è la testa, l'amministrazione è il braccio». » La metafora sembra provenire da L.-A. Macarel, che già scriveva: «[L]amministrazione è l'azione vitale del governo [...]. Esso è la testa, essa è il braccio», *Cours de droit administratif professé à la Faculté de Paris*, Gustave Thorel, 1844, t. 1, p. 15.

53 É. PISIER e P. BOURETZ, *Le paradoxe du fonctionnaire*, Calmann-Lévy, 1988, p. 43.

54 L'anormalità fattuale, in questo caso l'esistenza di un ordine impartito da un'autorità gerarchica che lede gravemente il diritto, comporta un ribaltamento della normalità giuridica: mentre in una situazione normale l'obbedienza è lo strumento della continuità del servizio pubblico, la situazione anormale fa sì che sia la disobbedienza a diventare lo strumento di tale continuità. In tutti i casi (obbedienza o disobbedienza), ciò che conta è l'interesse e la tutela del servizio pubblico, e quindi dell'interesse generale, come insegnano la sentenza del Consiglio di Stato *Langneur* del 10 novembre 1944 (*Rec. CE.*, p. 288) e soprattutto le conclusioni di B. Chenot in materia (*Dalloz*, 1945, p. 87-89).

rappresentanti. Da un lato, quindi, ci sono i rappresentanti, «mandatari» della Nazione, la cui volontà è fittiziamente «quella» della Nazione, e dall'altro lato gli agenti che non hanno alcun carattere rappresentativo e non esprimono alcuna volontà propria, ma sono incaricati di eseguire la volontà espressa dai rappresentanti, che non è altro che la volontà generale. Per quanto riguarda la subordinazione, le definizioni dell'amministrazione derivanti dai testi costituzionali francesi ne testimoniano la permanenza: l'amministrazione è sempre stata collegata, il che implica che è distinta da esso, al potere esecutivo e posta rispetto ad esso in una situazione di stretta subordinazione.

Dalla prima Costituzione scritta del 1791, che eleva il re a «capo supremo dell'amministrazione del regno», a quella del 1958, in cui «il governo dispone dell'amministrazione», l'idea è sempre la stessa: l'amministrazione si riduce a un insieme di mezzi sia materiali che immateriali al servizio dell'organo esecutivo. In altre parole, l'amministrazione è strettamente intesa come uno strumento subordinato al governo e non come un organo dello Stato.

Questa rappresentazione, per quanto esteticamente valida sul piano teorico, non regge alla prova dei fatti. L'idea che l'amministrazione possa costituire un quarto potere sembra tuttavia ancora molto lontana dalle preoccupazioni degli amministrativisti. Certo, un autore come Henri Chardon, allora maestro delle richieste al Consiglio di Stato, aveva proposto all'inizio del XX secolo di considerare l'amministrazione, sebbene subordinata alla politica, come un autentico «potere»<sup>55</sup>, ma bisogna rendersi conto che questa visione è rimasta aneddotica o è stata considerata solo come una sorta di facilità o leggerezza di linguaggio che non giustificava alcuna riflessione profonda sul suo significato e sulle sue implicazioni. Una tale riflessione sull'esistenza o meno di un potere amministrativo, ovvero sulla questione più precisa dell'articolazione tra la volontà politica e la sua esecuzione amministrativa, si impone a maggior ragione nel quadro del regime della V Repubblica che può, con una certa verosimiglianza, presentarsi come una «Repubblica dei funzionari», in contrapposizione alla «Repubblica degli avvocati» della III Repubblica, nel senso che «l'azione dell'Esecutivo, sostenuta da un'Amministrazione in grado di sostituire una visione partigiana e politica dello Stato con una visione tecnica e obiettiva, ha un primato politico sul Deliberati-

---

55 V. H. CHARDON, *Le pouvoir administratif*, Perrin et C<sup>ie</sup>, 1911.

vo»<sup>56</sup>. Senza arrivare a confondere, come negli Stati Uniti, il governo e l'amministrazione (confusione incarnata dal termine stesso di *government*), i fondatori della V Repubblica hanno inteso ridare forma allo Stato e vigore alla «forza di governare»<sup>57</sup> appoggiandolo a una potente amministrazione. I costituenti del 1958 erano disposti a costituzionalizzare l'amministrazione «come istituzione e non più indirettamente attraverso una gerarchizzazione implicita delle norme giuridiche»<sup>58</sup>, anche se erano riluttanti a riconoscere nel corpo stesso della Costituzione l'amministrazione come un vero e proprio potere<sup>59</sup>, preferendo iscriversi formalmente nella tradizione francese di un'amministrazione semplice strumento del potere politico. Proprio come il «potere giurisdizionale» non sarà riconosciuto nel testo costituzionale a causa dello spettro del «governo dei giudici»<sup>60</sup>, nemmeno il «potere amministrativo» lo sarà per paura di dare origine allo spettro del «governo dei funzionari». In questo Paese, dove si è affermata con tanta chiarezza una vera e propria «società amministrativa»<sup>61</sup> e dove lo Stato ha assunto la forma di uno «Stato amministrativo»<sup>62</sup>, sarebbe tuttavia abbastanza naturale che gli amministrativisti partecipassero pienamente a questa riflessione sul potere amministrativo, una volta ammessa, naturalmente, la natura fondamentale politica del diritto amministrativo. Le prospettive aperte da tale riconoscimento sono

---

56 J. HUMMEL, « L'institution gouvernementale au sein d'une République administrative Une lecture haurioutiste de l'article 20 », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 43.

57 N. ROUSSELLIER, *La forza di governare. Il potere esecutivo in Francia dal XIX al XXI secolo*, Gallimard, 2015.

58 A. LANZA, *L'espressione costituzionale dell'amministrazione francese. Contributo allo studio delle costanti costituzionali*, LGDJ, 1984, p. 266, citato da J. HUMMEL, «L'istituzione governativa...», *loc. cit.*, p. 46.

59 Michel Debré sostiene in modo esemplare che «il potere politico ha certamente la responsabilità suprema. Ma in una democrazia esiste una responsabilità dell'Amministrazione nei confronti della nazione. [...] L'istituzione amministrativa, subordinata ma essenziale, obbediente ma responsabile, costituisce un *potere della Repubblica*», nella sua «Prefazione» a M.-Chr. KESSLER, *La politique de la Haute fonction publique*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978, p. XII (sottolineato da noi).

60 Anche in questo caso si tratta di una questione di confine, poiché il «governo dei giudici» non è altro che un'espressione basata sull'intangibilità del confine tra il diritto (giudicare; giudizio) e la politica (decidere; volontà). Contestare o dissolvere questo confine e l'espressione perde (o acquista...) tutto il suo significato.

61 P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 546.

62 V. L. JAUME, « L'histoire administratif et le libéralisme : une histoire française », giugno 2009, consultabile all'indirizzo: L'État administratif et le libéralisme : une histoire française - Fondapol

in grado di rinnovare il significato delle cose per renderle, a nostro avviso, più conformi a ciò che sono.

Qui tocchiamo il secondo effetto citato in precedenza, l'effetto di «de-realizzazione» del diritto amministrativo e ci porta a parlare più specificamente del diritto amministrativo nella sua seconda accezione.

Per quanto riguarda il diritto amministrativo come corpus di norme, concepire il diritto amministrativo come un diritto politico porterebbe anche a prendere in considerazione alcune fonti di questo diritto sorprendentemente trascurate, come ad esempio la consuetudine, mentre la presentazione e lo studio del diritto amministrativo si basano sul primato delle fonti formali della legalità amministrativa<sup>63</sup>. È facile constatare che la consuetudine è una fonte totalmente marginalizzata nel diritto amministrativo o, quando non lo è, rimane strettamente e limitativamente considerata attraverso il suo riconoscimento giurisprudenziale<sup>64</sup>. Il diritto, non esaurendosi nelle dichiarazioni giuridiche che si presentano come tali, ma comprendendo anche le dichiarazioni che sono considerate tali o riconosciute come tali (proprio la consuetudine o anche quel diritto che viene definito flessibile), il riconoscimento del ruolo della consuetudine appare necessario per cogliere la *realtà* del diritto amministrativo<sup>65</sup>. Infatti, concepire il diritto amministrativo come un diritto governativo dovrebbe consentire di avere una visione più corretta, nel senso di giustizia, di tale diritto. Il diritto amministrativo è oggi, a nostro avviso, troppo permeabile alla critica basata sull'opposizione, per riprendere la famosa distinzione di Roscoe Pound, tra «il diritto insegnato» («*Law in Books*») e «il diritto applicato» («*Law in Action*»)<sup>66</sup>. Si noti inoltre che questa distinzione copre ampiamente il doppio significato attribuibile al diritto amministrativo: corpus di norme (diritto applicato) e disciplina accademica (diritto inse-

---

63 Anche questo approccio basato sulle «fonti» per comprendere il diritto amministrativo, eredità della cosiddetta Scuola dell'esegesi, meriterebbe sicuramente di essere ripensato, in particolare perché induce una visione riduttiva e quindi distorta di questo diritto.

64 V. G. TEBOUL, «La coutume, source formelle de droit en droit administratif», *Droits*, n. 3, 1986, pag. 4 e segg., e la sua tesi intitolata *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1989.

65 V. J. BOURGOING, « Pour une théorie de la coutume administrative », *La Revue administrative*, n. 64, 2008, pagg. 364-367.

66 R. POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, n° 1, 1910, p. 12-36.

gnato) – e si potrebbe addirittura pensare che molte delle difficoltà del diritto amministrativo (come corpus e disciplina) derivino proprio dalla confusione tra queste due accezioni, così come grandi confusioni derivano dalla difficoltà di determinare in un discorso, dottrinale o giurisprudenziale, quale accezione sia stata scelta.

Considerare il diritto amministrativo come un diritto politico implicherebbe quindi combattere questo fenomeno di «de-realizzazione» del diritto amministrativo, trascinato dal doppio tropismo normativo e contenzioso della dottrina amministrativista: il diritto amministrativo insegnato è quello degli atti amministrativi e non l'attività giuridica dell'amministrazione, così come viene studiata la giurisprudenza del Consiglio di Stato e non l'attività delle amministrazioni, cioè la vita amministrativa –, interessandosi non solo agli atti giuridici validi dell'amministrazione, ma alla vita giuridica amministrativa effettiva. In questa prospettiva, la seguente formula di René Capitant deve essere compresa, in particolare dagli amministrativisti desiderosi di sacrificarsi a una visione che rimane qualificabile come positivista: «Il diritto positivo non è il diritto stabilito da un legislatore, è il diritto in vigore, cioè il diritto applicato, le cui prescrizioni sono generalmente eseguite in una data società»<sup>67</sup>. In un approccio positivista ben inteso, cioè volto a produrre una lettura «reale» o effettiva del suo oggetto, l'essenza del diritto amministrativo non va forse ricercata negli atti amministrativi o nelle sentenze del giudice amministrativo, ma in ciò che potremmo chiamare, riprendendo il concetto di «costituzione vivente» (*living constitution*, dicono gli americani), amministrazione vivente, se si vuole comprendere appieno che il diritto amministrativo è intimamente, inestricabilmente, irriducibilmente un *Jus Politicum*.

---

<sup>67</sup> R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », ripreso in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, edizioni Panthéon-Assas, 2004, pag. 298.