

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

2

(1973)



giuffrè editore milano

MASSIMO SEVERO GIANNINI

PROFILI STORICI DELLA SCIENZA
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nota redazionale

Anticipativo di esigenze e consapevolzze culturali che la scienza giuridica, soprattutto giuspubblicistica, avrebbe intensamente avvertito negli anni '70, questo saggio di Massimo Severo Giannini merita di essere riproposto oggi e in questa sede: oggi che, in Italia, particolarmente dopo recenti indagini, il dibattito è vivo; in questa sede, giacché il saggio gianniniano assume quale filo conduttore e portante del proprio discorso l'intima convinzione della storicità della scientia juris.

Publicato nel 1940, e collocato nella sede, illustre ma appartata, degli Annali d'un Ateneo, ha avuto sempre dovizia di citazioni da parte dei giuristi; riproporlo, con una postilla 1973, significa tentar di ricomporre un itinerario, che ha oggi il suo sbocco ma le cui trame si svolgono e si intrecciano negli anni lunghi che ci precedono; di questo itinerario i 'Profili' di Giannini restano un punto fermo.

Siamo grati all'Autore per il consenso alla ristampa e, in modo speciale, per l'arricchimento di una 'postilla 1973', che contribuisce non poco a esaltare, sotto il profilo storico, certi dati.

Siamo grati alla Società Sassarese per le Scienze giuridiche per la liberale autorizzazione a ripubblicare il saggio, originariamente stampato in 'Studi sassaresi', XVIII (1940).

P. G.

1. Chi scriverà la storia critica della scienza giuridica, troverà che verso il principio temporale di questo secolo, cominciò a parlarsi di una crisi del diritto. Ancora non si è d'accordo sul più preciso significato dell'espressione, né tantomeno sull'esattezza dell'idea in essa racchiusa: sotto un dato aspetto, non è un paradosso dire che se il diritto continuamente segue il trasformarsi

della vita associata, esso deve sempre dirsi in crisi. È tuttavia innegabile il fatto che mentre talune scienze giuridiche hanno subito negli ultimi anni delle fortissime trasformazioni, per altre si nota un certo ristagno, che è tanto più sensibile in quelle fra esse nelle quali l'oggetto studiato, cioè quello che si denomina « ramo » del diritto, ha subito invece, per suo conto, trasformazioni molto notevoli: tra queste ultime scienze giuridiche è la scienza del diritto amministrativo.

Per le stesse ragioni d'incertezza, non sembra opportuno parlare di crisi delle scienze giuridiche, piuttosto che di crisi del diritto, come alcuni ritengono. Di conseguenza, evitando di parlare, ai fini che qui interessano in particolare, di crisi della scienza del diritto amministrativo, non ci si può nascondere tuttavia che le accuse rivolte a tale scienza sono state spesso molto forti; anzi taluni, soprattutto in un paese ora vicino, ne hanno predicato perfino un rinnovamento radicale. Effettivamente in tutti i paesi l'azione amministrativa dello Stato è cresciuta di dimensioni, nel senso dell'estensione e della profondità, con movimento che tende a perdurare senza che se ne possa neanche prevedere il termine; e, ciò che più importa, esso ha assunto forme nuove, che infrmano principi, i quali sembravano finora fondamentali. Nel nostro Stato l'assunzione a interessi giuridici degli interessi di categoria, intermedi tra quello privato e quello generale, e per l'innanzi giuridicamente inqualificati, ha fatto sorgere un nuovo ramo del diritto (e una nuova disciplina giuridica), il diritto corporativo, che dall'opinione dominante è considerato come un ramo del diritto amministrativo. Magari quest'opinione sarà discutibile, ma comunque è sintomatica.

Ma nel giudicare intorno al valore attuale della scienza del diritto amministrativo, e intorno alle cause dell'insufficienza di essa nel padroneggiare i nuovi aspetti della vita associata, io credo che si debba andare molto cauti. Fatta prescrizione da qualsiasi fenomenologia della scienza giuridica in genere, prima di parlare di rinnovamento, di revisione, di punti morti, è da prospettare l'ipotesi che non si tratti che di una semplice crisi di crescita: dovrebbe essere infatti di comune conoscenza che questa scienza è una scienza recente. Essa ha avuto i suoi periodi di « elaborazione segreta » e di « divulgazione » nei primi decenni

del secolo scorso ⁽¹⁾; e chi rifletta che vi sono altre scienze giuridiche più che millenarie, converrà che con cinque quarti di secolo, una scienza giuridica è ancor giovane. Non ignoro che alcuni affermarono già alla fine del secolo scorso che essa stesse per terminare la sua evoluzione ⁽²⁾; ma questo giudizio appare oggi, più che superficiale, superato dallo stesso corso storico: sarebbe superfluo qui addurre le molte ragioni esistenti, e basterà ricordare che proprio allora per tutte le scienze giuridiche del diritto pubblico era iniziata una fase di profonda revisione, ancor oggi non esaurita.

E allora, per poter avvalorare l'ipotesi, ritengo che il miglior criterio da seguire sia quello di portare l'esame sull'evoluzione storica della nostra scienza: ciò è in fondo un portato della natura stessa di queste specie di giudizi intorno al valore di una scienza in una determinata circostanza di tempo.

Senonché sorge qui una difficoltà pregiudiziale, di altro genere. È noto che vi sono anche altre scienze giuridiche di formazione recente, e anche recenzie rispetto a quella del diritto amministrativo, come p. e. quelle del diritto costituzionale e del diritto processuale civile. Però quando si discorre della giovinezza della scienza del diritto amministrativo, più o meno coscientemente si presuppone un altro fatto, di tale scienza particolare, che è l'asserito recente costituirsi dell'oggetto da essa studiato, ossia il recente costituirsi del diritto amministrativo come ramo del diritto. Questa difficoltà pregiudiziale sarà superata nei limiti più stretti possibili, e in un secondo tempo si delineeranno i profili storico-critici della scienza del diritto amministrativo.

2. Gli ordinamenti giuridici di vaste dimensioni, come quelli statali della Chiesa Romana internazionale, contenendo molta quantità di materia giuridica, potrebbero idealmente dividersi in una serie indefinita di settori, corrispondentemente alle varie materie. Quando alcuno di questi settori comprenda gran numero di istituti, di norme giuridiche e di altri elementi dell'ordinamento,

⁽¹⁾ Sono espressioni dell'HAURIOU, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris², 1893, p. 33.

⁽²⁾ V. p. e. lo stesso HAURIOU, *op. cit.*, p. 32.

esso costituisce ciò che si denomina un « ramo » del diritto; riconoscere il quale è tanto più agevole, quanto più i vari elementi dell'ordinamento si ordinano in un insieme organicamente membrato (*).

Si può ritenere che i rami del diritto esistono non già solo logicamente, bensì anche realmente, costituendo essi settori di natura meramente strutturale, degli ordinamenti giuridici; non è quindi da approvare l'opinione secondo cui solo per comodità di dottrina o di studio si procederebbe alla separazione dei singoli rami del diritto; l'obiezione che tale separazione infirma l'unità dell'ordinamento giuridico è meramente discorsiva, perché anche il raggruppare i fenomeni della natura in fenomeni riflettenti i minerali, le formazioni della crosta terrestre, i vegetali, ecc., non infirma l'unità della natura. Si può peraltro osservare che la « realtà » di un ramo del diritto è qualche cosa di differente dalla « realtà » di un'assemblea legislativa, di un tribunale, di un contratto, e così via. Ciò in fondo sembra esatto; ma questo punto involge delicatissime questioni, e richiede tuttora di essere approfondito con accuratezza, cosa che qui non può farsi; sia dunque sufficiente l'assunzione pura e semplice dell'idea ora esposta. Costituisce poi un problema a parte l'individuazione e la delimitazione della materia che dà luogo ai singoli rami, come provano le recenti discussioni sul diritto agrario e sui cc. dd. diritto della navigazione, diritto dei traffici, e così via.

Senonché non sempre per un ramo del diritto è sorta e può sorgere un'apposita disciplina, una « scienza del diritto ». Talvolta ciò avviene per ragioni d'imperfezione dottrinale, o in quanto l'elaborazione scientifica non riesce a porre in luce i profili giuridici di istituti della vita associata, com'è il caso della scienza del diritto costituzionale o del diritto tributario; oppure in quanto la forza di qualche tradizione, per lungo tempo pesando, impedisce di riconoscere autonomia a date materie giuridiche, assorbendone lo studio relativo in altre discipline, com'è il caso del

(*) L'enunciato dovrebbe essere differente per chi non aderisca alle teorie dell'ordinamento. Non so però quale potrebbe essere, a meno che non ci si accontenti di qualcosa di più empirico.

diritto processuale civile. Normalmente una scienza giuridica sorge con il formarsi di nuovi rami del diritto.

A sua volta un ramo del diritto sorge in primo luogo perché vengono in luce nuove manifestazioni giuridiche della vita associata: così il formarsi di una comunità delle Nazioni, fece nascere o rinascere il diritto internazionale; la navigazione aerea il diritto aeronautico. Talvolta la scienza del diritto precede perfino il conchiudersi di un ramo del diritto, e basti ricordare i notevoli tentativi per fondare un diritto della radioelettricità.

In secondo luogo un ramo del diritto sorge semplicemente per accrescimento della regolamentazione giuridica di una manifestazione della vita associata, com'è il caso del diritto d'autore, del diritto industriale, ecc. Da un punto di vista esterno, fra questo caso e il precedente la differenza è solo di quantità: sorgendo, dall'estendersi dell'attività umana, nuove esigenze di regolamentazione giuridica, questa, attuata, porta qualche cosa di nuovo nel campo del diritto, sia che rifletta campi in istato arretrato, sia che rifletta campi di nuova scoperta. Tanto che talora la separazione tra i due casi ideali è minima: così il diritto commerciale sorse nel periodo intermedio con il fiorire di istituti tipici determinati da nuovo regime dei commerci, insieme sviluppando la disciplina di alcuni istituti già esistenti.

Con ciò non si esclude che i rami del diritto possano essere raggruppati e possano essere configurati talora come diramazioni di rami maggiori, né che esistano scienze giuridiche le quali non corrispondono a rami del diritto, ma hanno scopi soprattutto scientifici o pratici: esse potranno avere un'autonomia sempre relativa e limitata. Come si distinguano in pratica i diversi possibili modi di essere dei rami del diritto e delle scienze giuridiche, è cosa che dà luogo a molte discussioni, tuttora fervidissime, e che esula da questi cenni sommari.

3. Ammettiamo ora, secondo l'opinione comune, che la scienza del diritto amministrativo sorse al principio del secolo scorso. Sorse essa in quanto solo allora si formò un ramo del diritto che potè essere denominato diritto amministrativo, e in tal caso come e perché ciò avvenne? Oppure questo ramo già esi-

stevea, e la scienza non potè sorgere prima per imperfezione dottrinale, ossia perché nessun cervello l'aveva pensata?

La dottrina recente è quasi unanime nel primo senso: si rileva che mentre in ogni epoca sono esistiti necessariamente una attività amministrativa e organismi amministrativi, un vero e proprio diritto amministrativo sarebbe sorto solo dopo la rivoluzione francese, cioè con l'instaurarsi degli Stati moderni.

Diversa era però l'opinione della dottrina meno recente: gli scrittori del secolo scorso ritenevano che un diritto amministrativo esistesse fin dai Romani, anzi fin da quando esisté lo Stato, mentre solo la scienza relativa sarebbe sorta al principio di quel secolo. Ancora il nostro Meucci, che fu all'avanguardia della generazione degli amministrativisti dell'Italia restituita, in una bella pagina esponeva come la « riflessione filosofica » relativa alla nostra scienza non era stata fino ad allora « adulta abbastanza » (4). Tale pensiero si trova specialmente nella dottrina francese, la quale, con quella sua forma, talora tanto curiosa, di sciovinismo giuridico, nelle sue prime opere pose in risalto come la Francia avesse preceduto tutte le nazioni civili nella istituzione di organismi amministrativi accentrati — si rifletta che allora ciò poteva essere

(4) MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino³, 1892, p. 10 « La scienza del diritto amministrativo comincia solo allora che gli istituti stessi sono animati da principi dedotti dalla natura stessa dell'uomo e della società; e ciò avviene quando nello spirito di un popolo nasce e vige l'opera della riflessione filosofica e questa si applica a' rapporti della vita sociale. Allora appunto sorge un vero diritto pubblico, fondato principalmente sul concetto dello Stato e de' suoi naturali rapporti co' cittadini. Ma perchè poi lo studio del diritto pubblico si volga separatamente all'amministrazione, è necessario che si formi innanzi agli occhi del giureconsulto un modello reale di Stato nel quale la distinzione di poteri, di ordini, di uffici da un lato, e di libertà costituzionali dall'altro facciano nascere quistioni, indagini e rapporti che richiamino, per la loro importanza, l'attenzione sua.

Ora siccome nella società romana codesta riflessione filosofica non fu adulta abbastanza in nessuna epoca sua, né mai si potè formare l'adeguata idea dello Stato, né della persona individua, né de' razionali loro rapporti e distinzioni, vero e compiuto diritto scientifico dell'amministrazione non si potè avere, anzi neppure in generale alcun proprio diritto pubblico ». E prosegue mostrando come sempre per mancanza di siffatta « riflessione filosofica », neppure nelle epoche successive potè sorgere uno studio « sistematico e separato » del diritto amministrativo.

valutato come altissimo merito, in quanto significava lotta al feudo, sistema tipicamente disgregatore — e, che se non proprio ai Romani, o forse perché persosi in cammino, il diritto amministrativo risaliva almeno al 25 maggio 1413, quando Carlo VI riordinò tutta l'organizzazione interna, dalla Camera dei conti alle foreste, dalla milizia ai prevosti baglivi e siniscalchi. Che specialmente l'antico Consiglio di Stato (*conseil du Roi*), con la sua giurisprudenza aveva anticipato la futura giurisprudenza amministrativa che avrebbe formato la gloria del Consiglio di Stato degli imperi e repubbliche che nel secolo scorso ivi si susseguirono. E che infine, quando Macarel nel 1818 pubblicava gli « *Eléments de jurisprudence administrative* », la « *science du contentieux administratif* » che egli voleva rivelare — poi ne fu considerato il fondatore — era, sì, una cosa nuova, ma in ciò l'autore si riallacciava a una tradizione di studiosi del pubblico potere, che contava autori un tempo celebri, come Loyseau, Delamare, Bacquet, Domat, e che discendeva nientedimeno dal Bodin ⁽⁶⁾.

Insomma né gli ordinamenti della Rivoluzione francese, né l'opera dei tre patriarchi del diritto amministrativo francese, Macarel, De Gérando, Cormenin, parve, almeno ai contemporanei, segnasse una così netta cesura tra i due periodi, come comporterebbe l'opinione oggi sostenuta.

Tralasciando per ora la scienza, per quanto riguarda gli istituti si deve convenire con tale antica opinione almeno in questo, e cioè che dal punto di vista della quantità, cioè del numero, della vastità e intensità di azione delle istituzioni amministrative, chi osservi il divenire degli Stati dallo schiudersi dell'età moderna, cioè dai trattati di Westfalia, a oggi, rileva un'espansione via via crescente, fino alle odierne organizzazioni che ci paiono gigantesche, e che sono forse destinate ad essere superate. Ora lo stabilirsi degli istituti dello Stato liberale segnò senza dubbio una

(6) Su questi insistono molto tutti i giuristi francesi, specie gli storici. In particolare sull'antico *Conseil du Roi* (o *Conseil d'Etat*) e sulla giurisprudenza di esso, v. AUCOC, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1779*, Paris, 1886; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, Paris², 1896, I, pp. 139 ss. Occorre notare che sul *Conseil du Roi* erano apparsi anche numerosi studi di autori contemporanei, e vi erano state raccolte private di arrêts e di giurisprudenza; ampie notizie su tutto questo dà l'Aucoc, *op. cit.*, pp. 9 ss.

data da cui tale espansione si accelerò con ritmo più rapido, ma non tale da scindere — s'intende sempre per quanto concerne la quantità — i due periodi che essa separa. Per limitarsi all'Italia, basti ricordare le complesse istituzioni della repubblica veneta e del vicereame lombardo, alcune delle quali furono meritamente famose.

Ove pertanto voglia sostenersi che tali due periodi vanno invece scissi, ci si deve fondare su ragioni più profonde, di natura e di qualità. Già il nostro Garelli diceva nel 1872: « I governi liberi sono ancora recenti, e il diritto amministrativo non poteva spiegarsi nel suo razionale concetto, finché dall'ordine naturale della libertà non sorgessero le giuste nozioni del cittadino e dello Stato »⁽⁶⁾. Proprio la rivoluzione francese avrebbe segnato l'instaurazione di siffatto ordine naturale, permettendo il sorgere delle connesse nozioni. L'opinione fu traslata in termini giuridici dalla dottrina amministrativistica classica, soprattutto nei paesi germanici: O. Mayer in primo luogo, e poi, l'Anschütz, il Fleiner, lo Jellinek W., e altri minori, con sviluppi parzialmente diversi, ritennero che il diritto amministrativo allora potè sorgere quando si instaurarono lo Stato di diritto (o costituzionale) e la divisione dei poteri. Contemporaneamente da noi, con l'Orlando, questa opinione divenne quasi di comune dominio.

È tuttavia assai dubbio operare con concetti tanto incerti quanto quelli di divisione nei poteri, e, più ancora, di Stato di diritto.

È noto che intorno alla nozione di Stato di diritto la dottrina ferve da quasi un secolo. S'intende che per coloro i quali negano si tratti di una nozione giuridica o giuridicamente utile (Raggi, Caristia, Kelsen, Höhn, ecc.), il problema qui discusso neanche sorge. L'opinione dominante, quella secondo cui lo Stato di diritto sarebbe caratterizzato dal fatto che i rapporti tra Stato e sudditi sono giuridicamente disciplinati, oltre a essere imprecisa, è per i nostri scopi praticamente inutile: anche nello Stato di polizia tali rapporti sono giuridicamente disciplinati, nel senso che ai pubblici poteri spettano delle potestà, e i soggetti sono in uno stato permanente e istituzionale di soggezione (qui non inte-

⁽⁶⁾ GARELLI, *Il diritto amministrativo italiano*, Torino⁴, 1872, intr. 3.

ressa esaminare più in particolare come ciò avveniva: vi furono forse Stati in cui, entro i limiti di un gruppo costituito di materie, si ebbe un unico generale rapporto, di potestà da un lato, di soggezione dall'altro). Lo Stato detto « di diritto » altro non sarebbe allora, correggendo la tesi, che quello Stato in cui ai rapporti potestà-soggezione sono sostituiti rapporti diritto-dovere o dovere-diritto; ciò che però non elimina l'esistenza dei rapporti potestà-soggezione, ma solo la riduce. Comunque non si comprende come ciò determini il sorgere di un diritto amministrativo, dato che i diritti e doveri dell'amministrazione corrispondenti ai doveri e diritti degli amministrati, potrebbero essere quelli sorgenti da atti dell'autonomia privata, mediante i quali l'autorità potrebbe agire: non è infatti in nessun modo contenuta nella formula « Stato di diritto » l'esigenza che tali diritti e doveri siano di specie e figura a se stante, tali cioè da farli ricomprendere in un particolare ramo del diritto, che sarebbe, nel caso, il diritto amministrativo.

Infine, data la possibilità del perdurare di rapporti potestà-soggezione anche nello Stato di diritto, una volta che la caratteristica di questo Stato si faccia risiedere nell'esistenza di rapporti diritto-dovere, si deve ammettere che con ciò si pone una differenza solo di quantità dallo Stato non di diritto, potendo i rapporti potestà-soggezione assumere un'ampiezza notevole, talvolta fino prevalente, rispetto ai rapporti diritto-dovere. In questo caso ov'è il punto di separazione tra le due specie di Stato, e con quale unità di misura si computa la quantità dei tipi di rapporti esistenti in un ordinamento positivo? Né si vede perché lo Stato di polizia non sarebbe Stato di diritto, una volta che anche in esso esistevano rapporti di diritto-dovere. Questo poi significherebbe che potrebbe esservi un diritto amministrativo per metà o per un terzo, o per un quinto, e così via. Da tuttociò risulta l'inermità della formula intesa in questo senso.

Ove per Stato di diritto s'intenda quello in cui l'attività amministrativa dev'essere conforme alla legge, ossia quello in cui l'amministrazione non può fare più o diversamente di quanto prescrivano le leggi (*Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*), si osserverà che non è detto che le leggi debbano per forza « prescrivere ». Possono anche semplicemente permettere di agire in una sfera di

autonomia, p. e. negoziale privata, gli atti della quale possono essere innominati. Né con ciò viene meno la tutela degli interessi privati e tutti quei benefici e pregi che si assicurano riconnessi da quest'opinione allo Stato di diritto, come insegna il caso della Gran Bretagna, la cui amministrazione, com'è noto, agiva e in parte ancora agisce secondo norme di diritto comune o di diritto privato speciale. In questo, e nel caso precedente, si è creduto che eliminando o riducendo il potere discrezionale, talora amplissimo, connesso all'esercizio delle potestà statali, mediante, atti da cui si fanno sorgere diritti e doveri, o con altri accorgimenti, e quindi eliminando e riducendo la nuda soggezione dell'amministrato si entrasse nella giuridicità, che prima sarebbe mancata; una retta impostazione della materia mostra come in tal modo si cade in un errore prospettico.

Ma, si può dire, nello Stato non di diritto, l'amministrazione, imponendo obblighi non regolati dalla legge, viene a sostituirsi al legislatore, almeno nei casi concreti. Ciò che è vero, e ancor più lo è ove si pensi che in alcuni Stati l'amministrazione poteva perfino procedere sospendendo la legge. Senonché tuttocciò sembra possa esprimersi più semplicemente ricorrendo alla divisione dei poteri, nel senso che poi si dirà. Ad ogni modo non potrebbe ravvisarsi in questi particolari meramente negativi la sostanza dello Stato di diritto.

Se mai tali particolari potrebbero essere considerati come un aspetto negativo della caratteristica di quella specie di Stato in cui la potestà governativa è ripartita fra più organi costituzionali (mediante norme le quali possono essere fatte osservare in vario modo), sì che l'azione di ogni organo è circoscritta. Questa specie di Stato è denominata Stato costituzionale, benché in fondo lo Stato costituzionale vero e proprio non ne sia che un tipo. Qui gli organi esecutivi, sia quelli costituzionali che quelli dipendenti, non possono dipartirsi dalle funzioni e dalle materie loro assegnate dalla legge. E infatti alcuni autori più recenti hanno precisato, nella formula Stato di diritto, quella di Stato costituzionale, per fondarvi l'esistenza del diritto amministrativo (?). In

(?) JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, Berlin⁹, 1931, p. 88; ma soprattutto FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen⁹, 1928, p. 35.

fondo però questa verrebbe a fondarsi non sull'essere lo Stato uno Stato costituzionale, ma sul principio della divisione dei poteri, onde se ne dirà fra poco.

Infine vi è tutto un gruppo di opinioni relative alla sostanza dello Stato di diritto le quali hanno scarso interesse per chi voglia rendersi conto dell'affermazione che lo Stato di diritto comporta l'esistenza di un diritto amministrativo, in quanto esse assumono, a caratterizzare la sostanza stessa dello Stato di diritto, proprio un fattore di diritto amministrativo: così per il Bernatzik lo Stato di diritto è quello in cui l'atto dell'esecutivo ha forza di diritto (o meglio ha una materielle Rechtskraft); per O. Mayer solo lo Stato di diritto può avere una Ordnung dell'attività amministrativa; per il D'Alessio e per molti altri, se pure con sviluppi diversi, è tale lo Stato ov'esiste un sistema di giustizia amministrativa; per altri tale specie di Stato ha parecchi segni riconoscitivi di simile genere ⁽⁶⁾.

A parte la discutibilità di tutte queste opinioni, per quanto riguarda il punto che c'interessa, basti rilevare che in esse resta sottintesa, come presupposto fondamentale, quest'idea: che lo Stato di diritto è quello in cui vi è un diritto amministrativo. Se l'idea sia giusta o falsa, non spetta a noi decidere, dato che non c'interessa stabilire l'eventuale concetto di Stato di diritto. Col nostro interrogativo si chiedeva perché lo Stato di diritto comporti l'esistenza di un diritto amministrativo. Fra le innumerevoli teorie sull'argomento, ne abbiamo trovate e analizzate al-

(6) V. rispettivamente BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, p. 129; MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, München Leipzig^a, 1924, I, p. 58: « Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts » (su cui v. però le osservazioni fondamentali del MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien Berlin, 1927, p. 75); D'ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno Stato di diritto*, Roma, 1915, p. 129 (quest'ultima opinione risale al GNEIST, *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1872, p. 162 ss., che divenne poi, nella success. ediz. (1879) « *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* ») e trova larghi consensi: FLEINER, *op. cit.*, pp. 40 e 16; THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, J. ö R., 1910 (IV), p. 196; HERRNITT, *Oesterreichische Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1925, p. 139; per l'ultima opinione, v. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München Leipzig, 1928, p. 125 ss., e infine lo stesso D'ALESSIO, *Lo Stato fascista come Stato di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1940, I, p. 493 ss.

cune che affrontavano tale punto, ma esse sono risultate inesatte o insufficienti; poi ne abbiamo trovate altre, che, identificando senz'altro i due termini dell'interrogativo, lo superano, ma non lo spiegano, perché non mostrando l'intima connessione che corre tra i due termini stessi, possono valere, sempre che l'idea di fondo sia giusta, al massimo come constatazione del loro coesistere (*).

A mia conoscenza una sola delle tesi proposte sembra superi il problema mediante un'ingegnosa sistemazione concettuale, ed è quella del Merkl. Ma per altre ragioni, giova rimandarne l'esame più in là, e qui cercare brevemente se sia l'instaurarsi del principio della divisione dei poteri ad aver determinato il sorgere del diritto amministrativo.

Anche intorno a questo principio vi è una controversia secolare; ai fini che qui interessano, osservo che la formula «divisione dei poteri» nella sua nuda locuzione, è certamente infelice, perché esprime qualche cosa di statico e di negativo: uno star diviso. Se l'ordinamento di uno Stato non si ispirasse ad altro che a questa formula, disgraziato tale Stato, che non potrebbe in nessun modo funzionare. Invero anche concettualmente la formula è nuda e povera, e se talora le si attribui un valore positivo e costruttivo, ciò è dovuto al fatto che al di là di essa vi era una relazione positiva, un principio attivo: non espresso nella formula, esso è stato in concreto via via diverso negli ultimi due secoli. Per cui, applicandosi la formula a modi di essere giuridicamente differenti, ne è risultato sempre, per successive fratture, un detrimento del significato che essa assumeva via via che variava il principio attivo retrostante, ciò che sempre

(*) Il BODDA che nell'opera *Lo Stato di diritto*, Milano, 1935, ha prodotto la più elaborata fra le recenti ricerche sul concetto di Stato di diritto, non contempla il problema nel testo enunciato. Ma pare che la sua tesi possa ascriversi nell'ultimo gruppo, poiché, ove si ponga, com'egli fa, quale caratteristica dello Stato di diritto l'esistenza dei diritti pubblici soggettivi, si viene a presupporre l'esistenza del diritto amministrativo. Ove ciò fosse esatto, sarebbe indicata anche una traccia, in quanto che per realizzare tali diritti, lo Stato dovrebbe assumere appunto le specie dello Stato di diritto, attuando un diritto amministrativo. Il fatto è che i diritti pubblici (soggettivi) sembrano un *posterius* rispetto all'instaurazione dello Stato moderno, e che inoltre ricorrendo a tale concetto, si finisce a Cariddi.

è andato a scapito della chiarezza della formula stessa ⁽¹⁰⁾. Tutta questa materia sarebbe molto interessante, ma è fuori del nostro tema: in rapporto agli ordinamenti dello Stato liberale, instaurati nel continente sugli archetipi virtuali portati dalla rivoluzione francese, la formula ha avuto un duplice valore: uno storico e uno positivo. Storicamente essa esprimeva la cessazione dell'intervento dei poteri giurisdizionali nella funzione legislativa (registrazione, interpretazione autoritativa, ecc.), e nell'esecutiva (esecuzione forzosa di ordini, riconoscimento della forza esecutiva di atti dell'amministrazione), e, soprattutto, dei poteri amministrativi nella funzione legislativa, intervento che nel precedente Stato di polizia si attuava mediante atti di autorità amministrative, di contenuto indipendente dalle leggi o anche ad esse contrario: cosa di particolare valore ove si trattasse di leggi attributive di diritti ai privati ⁽¹¹⁾. Per il diritto positivo instaurato significava molte cose, ma, per quanto qui ci interessa, esprimeva l'introduzione del principio di legalità nell'esercizio dell'azione amministrativa: secondo tale principio l'azione amministrativa può estrinsecarsi solo con quei poteri esplicitamente attribuiti dalla legge oppure compresi implicitamente in una sfera di autonomia riconosciuta dalla legge, salvi i diritti e i poteri attribuiti, esplicitamente o implicitamente, agli amministrati, i quali, per loro parte, possono far valere diversi rimedi contro l'amministrazione.

La sfera di autonomia riconosciuta all'amministrazione, di cui ora si è detto, può essere quella detta « autonomia privata » dai soggetti che tipicamente ne sono investiti; oppure una sfera analoga, nel senso che essa comprende atti concettualmente e funzionalmente identici a quelli dell'autonomia privata, ma strut-

⁽¹⁰⁾ Quanto si dice nel testo emerge in modo luminoso da uno dei recenti scritti di L. Rossi, *Analisi della divisione dei poteri*, R. d. P., 1939, I, ora rist. in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1939, p. 45 ss., in cui, partendosi dalla formula nel suo immediato significato derivante dalla connessione delle parole, si mostra come il principio relativo sia realizzato più o meno in ordine a vari termini concreti. Senonché a me par dubbio che tale principio abbia significato o significhi solo quello che valgono le parole con cui è espresso (v. anche SCHMITT C., *Verfassungslehre*, p. 182 ss.).

⁽¹¹⁾ MAYER O., *Theorie des französischen Verwaltungsrecht*, Strassburg, 1886, p. 87 ss.

turalmente un po' differenti (p. e. per il rilievo dei motivi); oppure può essere una sfera che comprende atti tipici propri, ma di struttura e natura tipicamente privata; oppure può presentare caratteri misti. Esula peraltro dai nostri compiti illustrare questo principio, bastando solo mostrare che esso non implica affatto l'altro principio che l'attività amministrativa sia, quanto al modo, un'attuazione di legge, ossia, possa estrinsecarsi solo o soprattutto con atti amministrativi, nominati o innominati. Quest'ultimo principio, con varia accezione, domina oggi nelle legislazioni europee continentali: in esse le leggi prevedono e disciplinano minutamente gli atti dell'amministrazione, determinandone gli elementi, e alcuni di tali atti, per loro speciali caratteristiche, costituiscono una categoria tipica di atti giuridici, che è appunto quella degli atti amministrativi ⁽¹²⁾.

Perciò il principio della divisione dei poteri, di per sè stesso, non conduce direttamente all'esistenza di un diritto amministrativo; ricorrendo ad alcuno dei principi attivi che dietro di esso stanno, potrebbesi, pare, giungere a sostenere anche questa tesi; ma in ultima analisi ciò deriverebbe non dal principio della divisione, ma dal principio attivo retrostante; tuttavia non conosciamo alcuna seria dottrina ove ciò si dimostri. Anche il fatto che la divisione dei poteri importi la molto impropriamente detta difesa giurisdizionale contro le lesioni dei diritti e interessi degli amministrati, compiute dall'amministrazione, non è tale da alterare quanto si è detto; se infatti l'attività amministrativa si espliciti con atti propri del diritto privato, o con atti strutturalmente analoghi, tale difesa sarebbe identica a quella che esisterebbe nel caso che la lesione — sempre per rimanere in quest'ordine di concetti — provenga da un altro soggetto diverso dallo Stato o dall'organo di esso. Il principio della divisione ha perciò una forza molto minore di quanto appare; peraltro l'essere il potere esecutivo separato dagli altri, o meglio il fatto che la funzione esecutiva sia attribuita, istituzionalmente e in via principale, a un gruppo determinato di organi, costituisce uno dei presupposti

⁽¹²⁾ Al secondo principio avevo accennato un po' più ampiamente nella mia, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, sp. 264.

fondamentali per l'esistenza di un diritto della amministrazione il quale abbia propria fisionomia e individualità. Presupposto necessario, ma sempre *presupposto*, ossia non *causa determinante*.

Concludendo, i dati della dottrina comune, che il diritto amministrativo sorga per via dell'instaurazione dello Stato di diritto e della divisione dei poteri, appaiono poco concludenti: il primo non spiega; il secondo si riduce a un mero presupposto, a una condizione che rende possibile, ma non fa necessariamente sorgere il diritto amministrativo: infatti se l'amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio; non è detto peraltro che, una volta tale distinzione attuata, necessariamente sorga un diritto amministrativo: esso può anche non sorgere, e l'amministrazione restar regolata da altro diritto, privato o pubblico.

Percependo questo punto, se pur non esprimendolo, due autori italiani, in tempi recenti, hanno battuto una via più aderente alla realtà storica, e hanno indicato la ragione del sorgere del diritto amministrativo nel materiale costituirsi di una disciplina, propria particolare e pubblicistica, dei rapporti amministrativi. Osserva il Romano che possono esistere Stati i quali non hanno diritto amministrativo, pur avendo organismi amministrativi molto sviluppati, in quanto questi sottostanno alle norme del diritto comune, e non alle norme di un ramo del diritto pubblico che rifletta l'amministrazione in modo specifico. Tipico fra gli Stati senza diritto amministrativo ma con amministrazioni molto sviluppate, sarebbe l'Inghilterra⁽¹³⁾. Lo Zanobini, con maggior complessità, pone due condizioni per l'esistenza di un diritto amministrativo⁽¹⁴⁾: che l'attività amministrativa sia regolata da « norme giuridiche esteriormente obbligatorie », e che tali norme abbiano particolare individualità, ossia non siano norme del diritto comune. La prima esigenza — norme esteriormente obbligatorie sta a significare norme giuridiche c. d. in senso stretto, ossia disposizioni non interne, in luogo delle disposizioni interne che si avevano in forme di Stato precedenti — si sostanzia nella divi-

(13) ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova³, 1937, p. 9.

(14) ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I^o, 1938, p. 18 ss. Si veda anche la nota 29, per alcuni spunti che si trovano nella dottrina francese.

sione dei poteri; e se non formalmente, nella sostanza ci pare che l'affermazione concordi con quanto si diceva poco fa, che la divisione dei poteri costituisce un mero presupposto per l'esistenza del diritto amministrativo. Questo in realtà sorge solo ove si avveri la seconda esigenza.

I criteri proposti da questi due autori sembrerebbero oltre tutto di semplice applicazione, perché esaminando i modi di essere storici dei singoli ordinamenti positivi, non dovrebbe riuscir difficile attraverso mere constatazioni riconoscere quei periodi in cui la materia concernente le pubbliche amministrazioni è disciplinata da norme di propria individualità, periodi in cui appunto si formerebbe un diritto amministrativo.

4. Se tuttavia si proceda a indagare intorno all'evoluzione dei modi di essere della attività amministrativa, si trova che la cosa non è tanto semplice, onde l'assunto degli autori ora detti non sempre risulta applicabile.

E qui sarò breve, anche per l'oscurità dell'argomento. Tralasciamo pure l'antichità, perché sull'ordinamento e il funzionamento delle amministrazioni romane non vi sono fino a oggi che dispute di storici, e quasi nessuna ricostruzione dogmatica. Fissiamo, come si opina oggi, l'inizio del medioevo ai Carolingi. Gli autori germanici, quasi concordemente sulle orme del Mayer O., dividono lo sviluppo storico di quanto concerne gli organismi dell'amministrazione — non si può infatti ancora dire del diritto amministrativo — in tre periodi ⁽¹⁵⁾. Il primo sarebbe quel periodo che da ultimo è stato denominato dello Stato giurisdizionale, e da prima si diceva dei «diritti signoriali territoriali»; il secondo sarebbe il periodo dello Stato di polizia; il terzo il periodo moderno, detto, come si è prima ricordato, dello Stato di diritto. La classificazione è valida più che altro per la Germania; per l'Italia dovrebbe essere più complessa, non solo perché il primo di questi periodi sembra vada scisso in più fasi, ma sopra-

(15) In generale v. MAYER O., *Deut. Verwaltungsrecht*, p. 27; FLEINER, *op. cit.*, p. 29; JELLINEK, *op. cit.*, p. 86); HERRNRITT, *Grundlehre des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, p. 38 ss., ove ampie indicazioni.

tutto perché ogni lembo del nostro territorio ebbe differenti sviluppi, fra i quali non è possibile determinare, come invece per la Germania, neanche a grandi linee, una contemporaneità cronologica. Tuttavia tale classificazione generale è, nella sua semplicità, molto adatta ai nostri fini ⁽¹⁶⁾.

Nel periodo dello Stato giurisdizionale, le potestà pubbliche erano ripartite tra molteplici autorità territoriali, variamente collegate tra loro, a ognuna delle quali era attribuito un certo numero di diritti signorili, connessi direttamente alla funzione; di modo che questa poteva attuarsi solo con l'esercizio di uno di essi. La distribuzione dei diritti signorili non era uniforme, ma variava secondo l'importanza dell'autorità; inoltre i vari diritti erano ordinati quasi gerarchicamente, e raggruppati in una catalogazione, col tempo divenuta molto minuta. Di fronte ai diritti dell'autorità stavano i diritti degli amministrati, dei quali la più importante categoria era costituita da quei diritti che non potevano in alcun modo venir meno, e che dicevansi « jura quaesita »; le liti tra le autorità e gli amministrati in relazione ai vari diritti e doveri erano decise dalle autorità giudiziarie ordinarie o anche con competenza speciale; nel S. R. I. fu istituito nel 1495 un tribunale supremo per tutte queste controversie, che fu il Reichskammergericht.

In questo periodo la materia amministrativa è configurata sugli schemi del diritto privato; tuttavia l'intrinseca posizione del diritto privato era, in questi ordinamenti, profondamente diversa da quella che è negli ordinamenti attuali, nel senso che non esisteva la distinzione tra diritto pubblico e privato, e la stessa costituzione dello Stato era disciplinata dalle regole di questo diritto unico, di struttura privatistica.

Scomparsa la distinzione fondamentale tra i rami del diritto, essa doveva riapparire nel ramo unico, in corrispondenza delle materie che vi rientravano. E di fatti vediamo lo jus feudorum, lo jus fisci, lo jus municipale, e perfino, più tardi, uno jus pu-

(16) Vi è inoltre anche il fatto che gli storici e gli amministrativisti tedeschi hanno studiato anche dogmaticamente le istituzioni di questi periodi, mentre gli storici del diritto italiani hanno in genere scarsamente studiato questa materia, oppure ottengono risultati per noi di scarso interesse.

blicum (concetto differentissimo da quello degli ordinamenti odierni).

In questo periodo dunque l'assunto del Romano e dello Zanobini, non tanto è di difficile applicazione, quanto addirittura superato, perché tutta la materia riflettente lo Stato, e quindi non solo quella amministrativa, è retta da norme di stampo privatistico; perché anzi lo stesso ordinamento configura la sfera che lo concerne come una sfera conformata strutturalmente come quella dell'autonomia privata; perché neanche esiste, nel frazionamento della potestà statale in potestà territoriali subordinate rilevanti fra loro, una amministrazione pubblica come organizzazione propria, pur esistendo organismi con funzioni amministrative.

Nello Stato di polizia, a differenza da quello del periodo precedente, esiste un'organizzazione amministrativa centrale, talora anche molto forte, come nel Regno di Francia: anzi in alcuni di tali Stati vi è la tendenza a un accentramento sempre maggiore. Appoggiata a saldi fondamenti filosofici e politici, la costituzione loro riposa sul postulato che essendo funzione precipua del principe la cura del bene comune, egli deve necessariamente avere i più ampi poteri: da ciò deriva il principio generale di diritto, fondamentale in questa forma di Stato, che la somma potestà del sovrano può far venir meno, cioè sospendere far perdere o estinguere qualsiasi diritto dei sudditi, o far cessare qualsiasi attività che essi svolgano, anche se giuridicamente non qualificata⁽¹⁷⁾. Dalla denominazione di jus politiae, attribuita alla somma potestà relativa, che esisteva in forma limitata anche nello Stato

(17) Peraltro la sfera lasciata ai privati poteva essere anche praticamente molto ampia. È noto p. e. che Federico II di Prussia lasciò quasi completa libertà di stampa, di associazione, ecc. Giuridicamente però non esistevano dei corrispondenti diritti dei cittadini, come invece accadrà nello Stato liberale (da ultimo v. in proposito, LUCATELLO, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, estr. dagli *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939). Un'opera d'insieme, di carattere giuridico, sullo Stato di polizia, non esiste neanche nella letteratura germanica. Vi sono varie « storie » dell'amministrazione nei singoli Stati: v. p. e. TEZNER, in *Grünhuts Zs.*, voll. 24°, 25°, 29° (1897, 1898, 1902); WOLZENDORFF, *Aufklärung und Polizeistaat*, *Zs. Staats Wiss.*, 1916 (72°), p. 493 ss. Utili riferimenti allo stato di polizia e a quello giurisdizionale trovansi nelle varie opere sul Reichskammergericht, specie in quella più nota dello SMEND.

giurisdizionale, trasse il nome di Stato di polizia. Gli istituti amministrativi, posti alle dipendenze dirette del principe, svolgevano attività regolata da ordini di servizio e anche da norme, le quali però erano norme direttive, nella maggior parte dei casi di carattere interno, non vincolanti per chi le emanava, e talora derogabili anche dalle autorità subordinate. La loro osservanza non poteva esser richiesta dagli amministrati, e della loro violazione nessun tribunale era competente a decidere.

Si comprende come ciò dava luogo ad un diritto che più non poteva dirsi di stampo privatistico; ma d'altra parte l'azione dello Stato non sempre poteva o era opportuno che si esplicasse in questa forma. Da ciò uno sdoppiamento di essa in azione disciplinata dal diritto pubblico e in azione disciplinata dal diritto privato; quest'ultima faceva capo alla persona giuridica privata del Fisco, la quale, come pare, era essa stessa suddita di fronte alla persona giuridica pubblica o al sovrano. Vi erano poi materie disciplinate da norme speciali, come, per lo più, le acque, le foreste, la moneta, la navigazione, ecc., per le quali esistevano numerose giurisdizioni speciali. Si aggiunga infine che nel seno dello Stato era attribuita potestà normativa subordinata ai signori territoriali e ai municipi, ed anche qui quasi sempre esistevano giurisdizioni speciali.

Il quadro giuridico dell'attività amministrativa nello Stato di polizia, contrariamente a quello che si crede, è dunque piuttosto complesso. Per una parte tale attività è certo disciplinata da norme di diritto privato, ciò che culmina nell'amministrazione fiscale. Ma anche qui vi sono materie, come quelle concernenti i tributi, i demani (nel senso lato allora in uso), ecc., rette da gruppi omogenei di norme speciali di diritto sostanziale e processuale, onde nulla impedisce di ritenere che in questi casi si dovesse parlare di vero e proprio ramo (o di più rami) del diritto, di stampo privatistico e di carattere speciale. A maggior ragione un ramo del diritto (o più rami) doveva concernere alcune materie che, senza rientrare nella « polizia », non erano però disciplinate privatisticamente. Si discusse anche se esistesse un particolare ramo del diritto concernente la polizia, come fra poco si vedrà meglio ⁽¹⁸⁾.

(18) V. avanti, testo e nt. p. 211 ss.

Sicuramente esso esistette per il diritto municipale. Per il resto, le materie rientravano nel diritto pubblico, tuttora indifferenziato.

Si rileverà allora come in questo periodo manca un diritto che rifletta l'amministrazione in modo specifico: le norme giuridiche che gli organismi amministrativi contemplano, sono o norme di diritto privato o norme di diritto pubblico, le quali tuttavia ancora non possono raggrupparsi in un ramo minore di esso, che possa dirsi diritto amministrativo, bensì talora costituiscono altri rami, diversi dal diritto amministrativo, riflettenti determinate materie, le quali oggi noi facciamo rientrare nel diritto amministrativo, ma che allora non potevano costituire un'unità, mancando appunto il concetto e l'istituto giuridico della pubblica amministrazione, a causa della non separazione di essa dagli altri poteri statali. L'assunto di cui prima resta ancora qui superato dal fatto dell'esistenza di rami del diritto riflettenti materie amministrative, ma diversi dal diritto amministrativo, dal diritto privato e comune, e distinti dallo stesso diritto pubblico dello Stato.

Dai risultati dell'analisi di questi due periodi, risulta confermato che il fatto della divisione dei poteri, inteso semplicemente come concreta separazione tra i singoli poteri dello Stato, è un presupposto perché esista un diritto amministrativo.

L'analisi del terzo periodo porta a risultati anche molto notevoli: tracciare le linee generali degli ordinamenti statali di questo tempo, è superfluo, essendo essi universalmente noti. Considerati sotto l'aspetto del diritto che disciplina l'attività amministrativa, si rivelano due cose: 1°) che la distinzione dell'amministrazione dagli altri poteri, talora non si esprime nell'ordine costituzionale, né formale, né materiale, benché nella struttura delle organizzazioni statali vi siano organismi amministrativi con caratteri e fisionomie completamente propri, e organicamente connessi: negli ordinamenti statali in cui ciò avviene può esistere quindi un diritto amministrativo, anche se gli ordinamenti stessi non hanno ancora la forma dello Stato costituzionale (o moderno, come allora si diceva); 2°) che anche esistendo la separazione dell'amministrazione dagli altri poteri, non sempre esiste un diritto dell'amministrazione: è quest'ultimo, come si è visto, il rilievo chiaramente messo in evidenza dallo Zanobini e dal Romano. Giova ora esaminare ambedue i punti.

Come ben osservano alcuni storici del diritto, fin dalla metà del sec. XVII, in molti Stati, specie italiani e germanici, era avvenuto che le forme, di per sè molto dure, dello Stato di polizia, si erano attenuate, l'amministrazione paternalista cedendo ad amministrazioni più vincolate, le attività di polizia assumendo forme più blande. Dopo la rivoluzione francese, sempre soprattutto nei medesimi Stati, con l'avvento delle restaurazioni, avvenne qualche cosa di più, nel senso che le istituzioni francesi, respinte nel diritto costituzionale, furono spesso accolte nelle strutture dell'amministrazione.

Si consideri a questo proposito la situazione degli Stati italiani anteriori all'unificazione: i figurini francesi sono ripresi nella struttura generale dell'amministrazione in modo più o meno pieno: quasi dovunque si ebbe un'amministrazione centrale, ripartita in più ministeri, e organizzazioni locali, del tipo della provincia. Intorno all'amministrazione centrale gravitavano poi altri organi, come sarebbero oggi la Corte dei conti, il Consiglio di Stato (come organo consultivo), ecc. Un certo sviluppo prese anche quella che si diceva fino a poco fa attività sociale dell'amministrazione, in cui noi vantavamo in genere ricche tradizioni, e talora dei primati. In sostanza peraltro alcuni Stati tornarono alla forma generica dello Stato di polizia, come il Regno Lombardo-Veneto, il ducato di Modena, il Piemonte fino a Carlo Alberto, seppure in pratica con modi più mitigati ⁽¹⁸⁾. Altrove s'instaurò abbastanza presto un sistema molto vicino a quello degli antichi Stati giurisdizionali, come nel Granducato di Toscana e nello Stato pontificio ⁽²⁰⁾. In ambedue questi casi non esisteva ancora un diritto amministrativo in senso proprio, essendosi tornati, nei riguardi del diritto riflettente le amministrazioni, a quella situazione complessa propria degli Stati di polizia e giurisdizionali.

Invece in altri Stati queste formule viete, che si facevano sussistere solo con mezzi di artificio, vengono superate. Sotto la spinta di nuovi ideali sociali, ciò che non si può concedere nella costituzione, si cede in parte nell'amministrazione, per cui si

⁽¹⁸⁾ Su di essi v. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in *Trattato Orlando*, I, pp. 1194 ss., 1242 ss., 1091 ss.

⁽²⁰⁾ SCHUPFER, *op. cit.*, pp. 1165 ss., 1256 ss.

forma una legislazione amministrativa abbondante, di carattere nettamente pubblicistico, e, cosa più importante ai nostri fini, organica. Si costituisce o comincia a costituirsi allora un diritto che riflette l'amministrazione in modo specifico: si dirà in fondo che tale diritto è acefalo, mancando nei vari ordinamenti un'esatta delimitazione, de jure condito, dei limiti del potere esecutivo. E ciò è cosa esattissima, e appunto questa situazione di mero fatto in cui trovasi il diritto amministrativo è un riflesso immediato del versare tali ordinamenti in una fase intermedia, che è insieme di transizione e di transazione.

In certi Stati la risultanza di transitorietà si manifestava in una oscillazione della conformazione degli istituti e in una giustapposizione di istituti ispirati a principi di differente natura: così in Toscana, dopo il 1854 (posteriormente all'abolizione della costituzione), e specie nel ducato parmense, ove, dopo continui rapidi alti e bassi, al momento dell'annessione esistevano organismi assai perfezionati, come un Consiglio di Stato dotato di larga indipendenza e autorità, vicino a istituzioni pietose, come le amministrazioni locali ⁽²¹⁾.

In altri Stati si manifestava soprattutto la risultanza transazionale. Nel Regno delle due Sicilie, il tanto discusso Ferdinando I, benché aborrisse da ogni idea di Stato costituzionale, come più volte mostrò in infauste circostanze, riformò l'amministrazione fin dai primi anni della restaurazione, secondo criteri e principi moderni. Taluni istituti e leggi napoletane furono pregevolissimi e se essi furono presto dimenticati, si dovè a cause di altr'ordine. E fu soprattutto nel Regno meridionale che, in questo primo periodo, si trovò realizzata la separazione fattizia dell'amministrazione dagli altri poteri: basterebbe a provarlo il sistema ivi vigente del contenzioso amministrativo, secondo cui le controversie amministrative erano attribuite a un insieme di tribunali amministrativi, indipendenti dal Governo e dotati di grande autorità. La legislazione amministrativa era abbondante, contemplava molte materie, e applicava in gran parte, e per prassi, il principio della legalità. Questo ordinamento era in pieno *fiore* alla morte di Ferdinando I, ma poi, per la reattività dei successori

⁽²¹⁾ SCHUPFER, *op. cit.*, p. 1224 ss.

e per altre più profonde ragioni, si arrestò in questo stadio intermedio se non arretrò ⁽²²⁾.

Cronologicamente l'opposto avvenne nel Regno Sardo: salito al trono Carlo Alberto, si iniziò una revisione del sistema amministrativo secondo criteri talora molto audaci. Dal 1830, molto prima dello Statuto, cominciò pertanto un lavoro che, progredendo, permise all'Italia unificata di avere immediatamente un sistema amministrativo di complesso disegno. Analogamente a quanto avvenne nelle Due Sicilie, il diritto amministrativo sardo esistette prima della costituzione, anch'esso informato a una attuazione fattizia e incompleta della separazione dei poteri; solo che il primo si arrestò a metà strada, il secondo ricevette definitiva sanzione nello Statuto albertino ⁽²³⁾.

Passiamo ora a esaminare il secondo punto relativo all'inesistenza di un diritto amministrativo in ordinamenti statali in cui l'amministrazione costituisce tuttavia un potere distinto.

Si diceva che il rilievo era già stato fatto dal Romano e dallo Zanobini, relativamente ai paesi anglosassoni. Senonché questi paesi, sotto certi aspetti, non possono porsi sullo stesso piano dei paesi c.d. continentali, perché è vero che ancor oggi in essi non esiste un diritto amministrativo, ma peraltro i rapporti tra Stato e privati sono ivi disciplinati o da norme speciali, che costituiscono *jus singulare* di fronte al *common law*, oppure dal *common law* direttamente: ora è noto che il *common law* non è il diritto privato; la nozione ne è molto controversa, comunque esso non rientra in nessun modo nel nostro ordine concettuale dei rami del diritto. Data l'esistenza di questo diritto unico, che non è né pubblico né privato né altro, tutta la questione meriterebbe separato esame, specie perché oggi, soprattutto negli Stati Uniti, va delineandosi un movimento per dare consistenza al diritto amministrativo, sia pure inteso in modo particolare, e i primi a venire in luce sono gli istituti del diritto processuale particolari della materia amministrativa ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ SCHUPFER, *op. cit.*, p. 1129 ss.

⁽²³⁾ SCHUPFER, *op. cit.*, p. 1091 ss.

⁽²⁴⁾ Oltre alle note più recenti opere del KOELLREUTTER, e del GARNER (in *Mélanges Hauviou*), v. ancor più di recente, MORSTEIN MARX, *Verwaltungsrecht in England*, VA, 1931 (36°), p. 393 ss.; KARADGE ISKROW, *La letteratura inglese*

Perciò il rilievo dei due insigni maestri, sarebbe appropriato al massimo al caso di un ordinamento statale in cui si dia una reale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e in cui insieme l'amministrazione, pur costituendo un potere distinto, cada interamente sotto l'impero del diritto privato. Ma questo caso non si è storicamente mai verificato, né pare verificabile. Insieme al caso del tutto tipico degli ordinamenti anglosassoni, si dà il caso degli ordinamenti germanici in un certo momento del secolo scorso, di cui dirò più oltre, che è tipico sotto un altro aspetto.

Si rilevi poi che ai paesi anglosassoni vengono contrapposti comunemente i paesi che hanno un'amministrazione regolata al modo francese. Essi però non presentano tutti gli stessi caratteri. In Francia la rivoluzione instaurò organismi amministrativi vasti e complessi, regolò secondo criteri generali la posizione degli organi, degli impiegati, dei mezzi d'azione amministrativa; istituì il Consiglio di Stato e magistrature amministrative inferiori per quasi ogni controversia riflettente l'amministrazione. Non solo dunque si formò presto un diritto amministrativo, ma questo prese dimensioni così ampie e caratteri così ben determinati che, specie nei successivi regimi, la stessa struttura dello Stato assunse un profilo caratteristico, reso da alcuni giuristi francesi nel concetto di Stato à régime administratif. Su di esso tornerò più oltre. In altri Stati invece, come in Italia fin dal momento dell'unificazione, esiste un diritto che disciplinava l'amministrazione in modo specifico, ma non così spiccato come in Francia.

Più interessante, ai fini dell'argomento qui discusso, è però il caso degli Stati germanici nello scorso secolo, come si diceva. Anche qui accadde che gli istituti della rivoluzione francese, respinti nella costituzione, s'introdussero, come negli Stati italiani, nell'amministrazione; in genere avvenne che si affidarono le liti relative all'amministrazione ai tribunali ordinari, tanto che alcuni parlarono di un « moderno Stato giurisdizionale ». In diritto sostanziale ciò significava che restava in piedi tutta l'azione

e americana del diritto amministrativo nel dopo guerra, R. d. p., 1931, I, p. 127 ss.; è il fascicolo 4°, 1938 (47°) del *Yale law journal*, interamente dedicato ai problemi e ai concetti del diritto amministrativo, in specie degli Stati Uniti.

amministrativa facente capo alla persona privata dello Stato, al fisco, e che quindi, in linea di massima, tale azione restava disciplinata dal diritto comune e da rami minori e speciali di esso, per quanto concerneva date materie. Estendendosi la disciplina giuridica dei rapporti fra lo Stato e i privati, si formarono delle regole, le quali più che altro interessavano il diritto processuale, costituendo una sorta di diritto processuale amministrativo. E in diritto sostanziale, ove la disciplina relativa fosse, in tutto o in parte, pubblicistica, essa si faceva rientrare non nel diritto amministrativo, ma nel diritto dello Stato: così ad esempio rientrava in questo tutto il diritto militare, mentre solo in parte vi rientravano p. e. il diritto del pubblico impiego (Beamtenrecht), delle espropriazioni (Enteignungsrecht), e altri, i quali davano luogo ai c. d. « rapporti misti » (25).

Questi Stati quindi, sotto certi aspetti, si trovano, in un primo tempo, in una situazione vicina a quella in cui erano gli Stati italiani, con la differenza che invece del costituirsi di un diritto unico, riflettente l'amministrazione in modo specifico, le materie amministrative risultarono disciplinate in parte dal diritto privato, in parte dal diritto pubblico generale; ciò proseguì in certo modo la situazione propria degli Stati di polizia. E i diritti pubblico e privato riflettenti l'azione amministrativa, se per un lato si accostarono, con il formarsi di rapporti misti, dall'altro rinforzarono ciascuno la propria posizione, rimanendo eliminati tutti quei rami del diritto di natura incerta e intermedia, che esistevano nel periodo dello Stato di polizia.

Ma in seguito il diritto pubblico dell'amministrazione assorbì sempre più gli istituti del diritto privato dell'amministrazione, e ne

(25) Il FLEINER, nell'opuscolo *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Instituten durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906, documenta in modo chiarissimo l'evoluzione di questi istituti, rientranti inizialmente nel diritto privato, e sottoposti quindi alla cognizione dei tribunali ordinari, successivamente trasformati in istituti di diritto pubblico. Praticamente la questione fu soprattutto di diritto processuale: i tribunali ordinari ricorsero a espedienti ingegnosi per estendere la propria competenza a tutte le liti fra amministrati e amministrazioni, in cui fossero in discussione pretese patrimoniali dei primi. Donde una specie di ravvivamento della dottrina del fisco. Mentre da ultimo la questione perse importanza, essendo stati istituiti i tribunali amministrativi.

conobbe di nuovi, fra cui i tribunali amministrativi; infine gli Stati divennero costituzionali e si formò il Reich. Tuttavia il diritto amministrativo ancora non esisteva, per il fatto che gli istituti amministrativi risultavano ispirati a principi differenti, non solo per la molteplicità degli Stati membri del Reich, ma per i contrasti tra essi e il Reich e i contrasti ideologici nel seno del Reich medesimo. Se anche l'amministrazione era regolata nella maggior parte della sua azione da norme proprie di natura pubblicistica, che la concernevano in modo specifico, tali norme pure non costituivano un ramo del diritto, ma rientravano indifferenziate nel diritto pubblico, o meglio nel diritto dello Stato. Il diritto amministrativo, come ramo definito del diritto pubblico, sorse in un secondo momento, quando fu possibile costruire, sulle varie norme, un sistema; ma sorse dopo dispute dottrinali, preceduto dapprima da una scienza meramente pratica, che formava un ramo minore, di autonomia meramente scientifico-pratica, del diritto dello Stato ⁽²⁶⁾.

5. Dall'analisi dell'ultimo periodo storico dell'evoluzione degli istituti giuridici dell'amministrazione, si possono trarre rilievi decisivi ai fini che qui interessano, di sapere quando sorge, in un dato ordinamento, il diritto amministrativo come ramo del diritto.

Resta confermato che un presupposto perché ciò avvenga, è che la amministrazione sia separata dagli altri poteri statali, ossia che esista un'amministrazione in senso giuridico ⁽²⁷⁾. Ciò può av-

⁽²⁶⁾ Nota però il FLEINER, *Institutionen*, p. 41 s., che l'importanza del diritto privato nell'azione amministrativa fu sempre notevole: neanche il secondo Reich conobbe i contrasti amministrativi del diritto francese, che sono istituti interamente pubblicistici. Solo nel dopoguerra 1918 scemò il campo dominato dal diritto privato, specie con l'accrescersi della disciplina amministrativa dei rapporti economici, che pure diede luogo al tanto discusso *Wirtschaftsrecht*, o diritto economico.

⁽²⁷⁾ Ai fini che interessano l'argomentazione del testo non è necessario approfondire la nozione di amministrazione in senso giuridico, la quale dà luogo a problemi estremamente delicati. Infatti taluni opinano che, se pure l'amministrazione, nel senso tecnico di attività diretta a curare interessi pubblici, appare come « il cominciamento di ogni attività statale », il concetto giuridico di amministrazione, in senso oggettivo e soggettivo, non è, di per sé, implicito in quello di Stato o in quello di diritto pubblico o di diritto in genere (MERKL, *op. cit.*,

venire, come si trae dal caso degli Stati italiani anteriori all'unificazione, anche senza che il principio della divisione dei poteri abbia avuto un'attuazione costituzionale diretta.

Oltre a tale presupposto, sono necessarie due condizioni: la prima è che la materia amministrativa sia disciplinata da norme proprie, di natura pubblicistica, che la concernano in modo specifico ⁽²⁸⁾; la seconda è che tali norme costituiscano un insieme organico, ossia che, data un'amministrazione in senso soggettivo,

pp. 60-64). Altri invece opina che sempre esista un'amministrazione in senso giuridico, nel senso, che anche ove essa non esiste come « potere », esiste come « funzione ». Il punto principale è allora quello di sapere se le funzioni statali debbano avere un'esistenza logica o anche reale. Nel primo caso sarebbe da seguire in sostanza la seconda opinione; nell'altro caso potrebbe anche formularsi una terza opinione, secondo cui accanto a ordinamenti nei quali l'amministrazione è configurabile come « potere », esisterebbero ordinamenti nei quali l'amministrazione è configurabile solo come « funzione », e altri ordinamenti nei quali essa non assume alcuna fisionomia giuridicamente rilevabile.

⁽²⁸⁾ Anche in ciò l'assunto del Romano e dello Zanobini resta confermato.

Si può ricordare poi che la dottrina francese, quasi concordemente, afferma che un'altra condizione per l'esistenza del diritto amministrativo è costituita dall'esistenza di « leggi amministrative ». Non esiste però una categoria formale di leggi amministrative, per cui si possono dire tali quelle leggi che regolano materia amministrativa, cioè che hanno per contenuto la disciplina di materie amministrative. Pertanto questa condizione si riduce alla condizione detta nel testo, in quanto le norme proprie che concernono in modo specifico la pubblica amministrazione, sono appunto le leggi che, per antonomasia, si possono dire amministrative. Peraltro tale termine è, come si vede, anche locuzionalmente impreciso, perché possono esservi leggi amministrative senza esservi un diritto amministrativo, come avviene allorché manchi la seconda condizione che si dice nel testo, o, ancor più, allorché si tratti di leggi di stampo privatistico, come poteva avvenire nello Stato di polizia. Ma soprattutto tale termine è da respingere, ove dietro di esso voglia vedersi un concetto di legge che non sia meramente sostanziale, o vogliasi fare un prius rispetto allo stesso diritto amministrativo, come fa la dottrina francese.

Talora però la dottrina francese nel concetto di legge amministrativa ha voluto esprimere qualche cosa di più, quasi tentando di accoglierli le due condizioni che si pongono in luce nel testo: ciò essa fa collegando la nozione di legge amministrativa a quella di régime administratif, di cui si dirà oltre nel testo.

Quando invece la scienza del diritto amministrativo era semplicemente una scienza a fini scientifico-pratici, cui non corrispondeva un particolare ramo del diritto, effettivamente essa non poteva muovere che da una nozione, appunto sostanziale e isolata per gli stessi fini pratici, di legge amministrativa, analoga-

le varie norme che ne concernono i soggetti, gli atti, i mezzi di azione, siano collegate da nessi comuni, ispirati a unità e generalità di criteri e di principi. Ciò risulta principalmente dal caso degli Stati germanici, nella loro evoluzione dello scorso secolo.

Mancando la prima condizione, non esisterà un diritto amministrativo, e la materia amministrativa sarà regolata dal diritto privato, o dal diritto pubblico, o da rami minori di uno di essi o di ambedue, oppure da un diritto comune. S'intende che mancando la prima, non può darsi in nessun modo la seconda condizione. Mancando poi la seconda condizione, può avvenire che manchi anche la prima, e allora la situazione è regolata dalla mancanza di questa; oppure può avvenire che la prima esista: in questo caso la materia amministrativa sarà regolata dal diritto dello Stato in genere, nel quale il diritto amministrativo rimarrà indistinto, o, al massimo, sarà un ramo di autonomia pratico-scientifica, non reale; anzi talora potranno esistere non un solo ramo, ma parecchi rami minori, di fisionomia relativamente finita. Si avverta poi che ambedue queste condizioni danno luogo, al margine, a giudizi di quantità, e appunto al margine è possibile che esistano ordinamenti i quali si trovano in situazioni intermedie: la loro esistenza, con i criteri proposti, resta in tal modo più fondatamente spiegata.

L'esigenza che le norme riflettenti l'amministrazione costituiscano un insieme organico, corrisponde direttamente all'esigenza del sistema, propria della correlativa scienza del diritto, esigenza che per una scienza, appunto in quanto scienza, è essenziale ⁽²⁹⁾. A questo punto sorgono importanti problemi intorno all'intima correlazione tra diritto amministrativo e scienza del diritto amministrativo, che non è qui il luogo di affrontare.

L'esigenza dell'organicità d'insieme del diritto amministrativo, in quanto esso è ramo del diritto, è stata posta in luce in

mente a quanto si vede che avviene oggi per le leggi agrarie, aeronautiche, ecc., su cui si fonda la c.d. autonomia legislativa delle rispettive scienze del diritto agrario, aeronautico, ecc.

⁽²⁹⁾ Su questo punto si potranno vedere le acutissime pagine del CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, p. 67 ss., e del LOPEZ DE OÑATE, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, in *Annali della R. Univ. di Macerata*, 1939 (XII-XIII).

modo indiretto da una parte della dottrina francese, mediante il concetto di regime amministrativo. Concetto invero non molto chiaro neanche nei suoi teorici maggiori, e di contenuto piuttosto complesso ⁽³⁰⁾. Riducendone l'imprecisa nozione dei francesi nei

⁽³⁰⁾ Il concetto di régime administratif, com'è noto, è stato svolto soprattutto dall'HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris¹², 1933, p. 1 ss., il quale descrive lo Stato a régime administratif come quello Stato in cui le funzioni amministrative sono centralizzate al massimo e attribuite a un solo potere, l'esecutivo. Da ciò deriverebbero molte conseguenze: gli «agents administratifs» sono controllati non dai tribunali e con norme del diritto comune, ma dai superiori gerarchici e con norme di un diritto particolare; l'atto amministrativo è esecutivo; i cittadini non possono, invocando gli organi giurisdizionali, far ingiungere alle amministrazioni di fornire i loro servizi; vi è una garanzia amministrativa dei funzionari; vi sono leggi amministrative; infine, oltre l'autorità della legge applicata dai giudici, pesa sui cittadini l'autorità della legge applicata dall'amministrazione, e l'azione di quest'ultima.

La precisazione del testo si è resa necessaria perché talora del concetto di régime administratif si è appropriata la dottrina di altri paesi, travisandolo per non aver considerato se per caso il proprio diritto positivo fosse differente. Si comprende d'altro lato, secondo quanto si diceva prima in testo, come la dottrina francese, eccessivamente ponendo in risalto la particolarità del régime administratif, sia giunta ad affermare che la vera essenza della costituzione francese si tragga dal diritto amministrativo: ciò trapela perfino dai titoli delle opere, p. e. del Laferrère, dell'Hauriou (nelle prime ed. del *Précis*), che suonano: «droit public et administratif»; ove droit public vale come diritto dei principi generali del diritto pubblico, ossia, se così si potesse dire, come parte generale del diritto costituzionale. Giova notare che l'Hauriou (e la sua scuola), che è stato il massimo teorico del régime administratif, è giunto a formulare tale concetto, a quanto mi risulta, solo nell'8^a ed. del *Précis* (1914), nella quale anzi giunse all'estremo, dicendo che in tanto esiste diritto amministrativo, in quanto vi sia un régime administratif, posizione che egli stesso attenuò nelle successive edizioni. Nelle quali invece il concetto di régime administratif si è andato sempre più avvicinando a quello di istituzione, per cui si tende a definire lo Stato a régime administratif come lo Stato in cui l'amministrazione è un'istituzione: si veda HAURIUO, nella prefaz. della II ed. del *Précis* (1927), e poi nella 12^a cit.; RENARD, *Il concetto istituzionale del regime amministrativo francese*, R. d. p., 1931, I, p. 418; DENDIAS, *La théorie institutionnelle et le régime administratif*, Atene, 1939, cstr. dall'*Echatontaeteris* dell'Univ. di Atene, p. 18 ss. Peraltro l'idea resta sempre molto vaga, data l'imprecisione di questo concetto nella dottrina francese e derivata: dire che l'amministrazione è un organismo, è cosa di troppi significati; aggiungere che è un organismo persona, è un indovinello.

I francesi sono fieri lo stesso del loro sistema amministrativo, che conferirebbe al paese una sorta di primato nella perfezione delle organizzazioni ammi-

termini della scienza giuridica italiana, sembra debbasi distinguere in esso un aspetto strutturale e uno concettuale: probabilmente esso ha anche altri valori, che però non riguardano i nostri scopi. Sotto il primo riguardo Stato a régime administratif sembra possa dirsi quello in cui gli affari dell'amministrazione spettano solamente e assolutamente all'amministrazione stessa, di modo che anche le liti ad essi relative sono sottratte al potere giurisdizionale (in senso soggettivo) e attribuite a magistrature costituite nel seno dell'amministrazione medesima. Sotto il secondo riguardo il concetto di régime administratif esprime appunto il fatto che il diritto amministrativo stesso esiste in quanto costituisca un insieme organico, un sistema. Mentre perciò, sotto il primo riguardo, il régime administratif è una caratteristica dell'ordinamento positivo francese, sotto l'altro riguardo esso è proprio di qualsiasi ordinamento in cui veramente esista un diritto amministrativo, cioè un ramo del diritto di tal sorta; onde da questo punto di vista, può in certo modo giustificarsi il giudizio di alcuni giuristi francesi, che può esistere un diritto amministrativo effettivo, ove esista anzitutto un régime administratif.

6. Prima di chiudere questa prima parte del nostro dire, secondo quanto indietro si è accennato, occorre ricordare la sistemazione data dal Merkl a tutta questa materia, sistemazione la quale costituisce il più notevole tentativo di raggruppare e classificare le forme storiche di amministrazione sotto una smagliante veste di universalità di spazio e di tempo, anche se, in sostanza, poco persuade.

Osserva quest'autore che non sempre fu possibile un'amministrazione come potere a sè stante dello Stato: vi furono Stati

nistrative. Lo strano è che mentre essi lo vantano come massimo ideale dello Stato che dicevasi moderno, in Germania alcuni reputava che l'ideale dello Stato di diritto comporterebbe il sistema opposto, quello giurisdizionale (il MERKL, *op. cit.*, p. 67, pare però che dica provenire ciò da un'equivoca equiparazione tra rimedio giuridico e rimedio giurisdizionale); mentre altri, riprendendo l'idea del Laferrière, ebbe a dire che l'amministrazione germanica era ancora a un grado inferiore di sviluppo: fra coloro che fecero tale rilievo, il più noto è il BUEHLER, *Die subjektive öffentliche Rechte*, Tübingen, 1911, sp. p. 71 ss.; v. però contra sp. JELLINEK W., in *A. ö R.*, 1914 (32°), p. 585.

(e vi sono ancora) in cui alle tre funzioni non corrisposero poteri distinti. D'altro canto però, quegli Stati che delimitano organizzatoriamente le tre funzioni, costituendole a poteri, configurano molto diversamente le relazioni fondamentali tra essi, in quanto ciascuna funzione si può esprimere in forme giuridiche, ed avere un contenuto concreto, che variano caso per caso, nel tempo e nello spazio ⁽⁸¹⁾. Tuttavia, ogni volta che gli ordinamenti statali accolgono la divisione concreta delle funzioni, un diritto amministrativo necessariamente esiste, anche se, in forme estreme, esso si sia potuto ridurre a una sola norma, quella che attribuisce agli organi supremi ogni potere ⁽⁸²⁾. Si osservi che già però questo punto è discutibile, perché ciò potrà dirsi per il diritto costituzionale, ma non per l'amministrativo: il primo costituisce il diritto fondamentale di ogni ordinamento statale, e non può non esistere, perché lo Stato stesso, in quanto è, è regolato dal diritto ⁽⁸³⁾; il secondo invece, in quanto diritto dell'amministrazione pubblica, esiste in quanto, nel sistema dell'ordinamento statale, questa sia retta da un corpo di leggi proprio e organico. L'unica o le poche norme che in certi Stati hanno disciplinato tutta la funzione dell'amministrazione, sono norme di diritto costituzionale, e non di diritto amministrativo.

Comunque, su tale fondamento, il Merkl raggruppa le forme di amministrazione in base a due criteri: quello dei rapporti intercorrenti tra amministrazione e giurisdizione, e quello dei rapporti intercorrenti tra amministrazione e legislazione. Giusta il primo criterio si hanno due forme, lo Stato giurisdizionale e lo Stato amministrativo (Justizstaat, Verwaltungsstaat), le quali soprattutto variano nello spazio. Lo Stato giurisdizionale è caratterizzato da una prevalenza degli organi del potere giurisdizionale rispetto a quelli amministrativi; lo Stato amministrativo è caratterizzato da un'equiparazione dei due poteri e da una preferenza del potere amministrativo nelle ripartizioni delle materie tra esso

⁽⁸¹⁾ MERKL, *op. cit.*, p. 64 ss.

⁽⁸²⁾ MERKL, *op. cit.*, p. 72. Onde la frase «Stato senza diritto amministrativo», usata di solito per lo Stato di polizia, secondo l'A., non ha valore scientifico (*op. cit.*, p. 68).

⁽⁸³⁾ ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova ⁴, 1935, p. 10.

e il potere giurisdizionale: sintomi di tale equiparazione sono p. e. che la via giudiziaria è equiparata alla via amministrativa contenziosa, che l'amministrazione provvede all'esecuzione dei propri atti, che non ammette intromissioni dei giudici, che è controllata da altri organi amministrativi e non da organi giurisdizionali, ecc. ⁽⁸⁴⁾.

Giusta il secondo criterio si hanno altre due forme: lo Stato di polizia e lo Stato di diritto, le quali variano soprattutto nel tempo ⁽⁸⁵⁾. Nello Stato di polizia l'amministrazione è retta da una sola norma — quella detta prima — o da norme puramente interne; in ogni caso perciò il diritto amministrativo non costituisce, oppure costituisce solo in parte, un diritto che ha efficacia in tutta la sfera dello Stato, in quanto che l'osservanza delle sue norme non può essere opposta in giudizio da privati contro le amministrazioni, né queste ultime sono tenute a osservarlo rigidamente: da ciò una fondamentale differenza rispetto al diritto proprio della giurisdizione. Nello Stato di diritto invece esiste un ordinamento giuridico dell'amministrazione qualificato dal fatto che l'amministrazione stessa è legata da norme esterne nel contenuto della sua azione, le quali la vincolano, così come altre

⁽⁸⁴⁾ MERKL, *op. cit.*, p. 65 ss. Sarebbe invece assurdo uno Stato in cui la giurisdizione (funzione), è sottoposta all'amministrazione (funzione), o in cui questa domini la legislazione (funzione).

⁽⁸⁵⁾ MERKL, *op. cit.*, p. 68 ss. Secondo il Merkl non devono confondersi lo Stato di polizia e lo Stato di diritto come Stati caratterizzati da un certo tipo di amministrazione, con lo Stato di polizia e lo Stato di diritto come forme storiche di Stati. Queste ultime si sono avute in Europa continentale rispettivamente nei secc. XVIII e XIX. Ma lo Stato di polizia (o Stato assoluto), finché fu uno Stato di salute pubblica (Wohlfahrtsstaat), fu Stato di polizia anche rispetto alla forma di amministrazione, mentre poi, sempre sotto questo riguardo, divenne talora Stato di diritto. Viceversa vi sono Stati di polizia, come forma di amministrazione, anche in Stati di diversa figura quanto alla forma di Stato, come p. e. nelle forme democratiche di Danton e Robespierre, o in quelle oligarchiche di Lenin, Kun, Eisner. Il termine poi « Stato di diritto », riferito alle forme di Stato, o sta a designare lo Stato per antonomasia, ovvero quella forma di Stato che è lo Stato costituzionale; mentre lo Stato di diritto come forma di amministrazione può esistere a sua volta sia in uno Stato assoluto che in uno Stato costituzionale. Si noti però che non rimane molto chiaro in che modo lo Stato di diritto « come forma di Stato » si distingua dallo Stato di diritto « come forma di amministrazione ».

norme vincolano la giurisdizione. Fra tutti i vari casi la differenza è soprattutto quantitativa.

Qui possiamo tralasciare il fatto che la catalogazione di queste forme poggia su una concezione particolare, molto opinabile, delle funzioni statali; che nel primo criterio la classificazione è sbilanciata, perché mentre nello Stato giurisdizionale i giudici controllano l'amministrazione, in quello amministrativo l'amministrazione non ha alcun potere sui giudici; che nel secondo criterio vi sono punti oscurissimi, p. e. relativamente allo Stato di diritto e al diritto che vincola la giurisdizione, o *Justizrecht*, come lo chiama l'autore. Si osservi solo che, secondo il primo criterio, verrebbero avvicinati, come Stati giurisdizionali, il Sacro Romano Impero, la Gran Bretagna, il Belgio, la Prussia prenazista (mentre la Francia e l'ex Austria sarebbero Stati amministrativi, e l'Italia sarebbe in una posizione misteriosa); onde già per questo il discrimine appare poco convincente nella sua astrattezza. Ma soprattutto, col secondo criterio, la Gran Bretagna sarebbe in una forma molto vicina allo Stato di polizia, non esistendo ivi la «parificazione» delle norme esterne che vincolano il contenuto dell'azione amministrativa a quelle che vincolano il contenuto dell'azione della giurisdizione. Infine sfuggono a questa classificazione tutte quelle forme che non si presentano in termini così decisi, come appunto quelle dei paesi anglosassoni, dei paesi germanici nel periodo in cui il diritto dell'amministrazione era un diritto privato e pubblico speciale, e così via; prescindendo dal fatto che, nella logica del sistema, dovrebbero probabilmente essere individuate molte altre forme, a rimanere coerenti. Nell'insieme quindi la sistemazione, se pur intimamente ben costruita, resta inaderente alla realtà più complessa, e quindi inutile. Del resto si tratta anche di una classificazione non precettiva, ma meramente catalogatoria.

7. Non è ora difficile comprendere come la scienza del diritto amministrativo poteva sorgere solo nel secolo passato ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Parlando di scienza del diritto amministrativo, altro non si fa che seguire la comune terminologia, prescindendo dalle recenti e recentissime discussioni intorno all'esattezza del concetto di scienza, applicato alle discipline giuridiche.

In fondo, rispetto a fini meno elevati, scienza sta ad esprimere che in una

Anteriormente potevano esistere solo altre scienze giuridiche, in corrispondenza ai differenti rami del diritto allora esistenti. Esisteranno così, dando luogo a scienze relative, un diritto pubblico generale, un diritto municipale, ecc., e si sarebbero potuti anche individuare, se la speculazione scientifica non fosse stata effettivamente « non adulta », un diritto tributario, un diritto militare, un diritto minerario, ecc., come rami del diritto pubblico o del diritto privato o misti. È noto però che l'elaborazione in genere di tutto il diritto pubblico era scientificamente improntata a criteri lontanissimi da quelli odierni, in quanto era politico-filosofica più che giuridica.

Si incontra però in questo periodo una scienza particolare che aveva per oggetto l'esercizio della potestà statale nella sfera interna, cioè a dire i poteri c. d. di polizia: si trattava della così chiamata « scienza della polizia », che da alcuni fu concepita come un ramo o come una parte della scienza camerale. Essa fiorì soprattutto nei paesi germanici del S. R. Impero, perché ivi la speculazione filosofico giuridica sullo Stato di polizia aveva avuto i suoi più notevoli rappresentanti in Wolff e Justi⁽³⁷⁾, e il diritto pubblico contava il più grosso gruppo di studiosi.

La scienza della polizia fu una di quelle scienze del sec. XVIII, che nel successivo furono smembrate fra diverse discipline giuridiche, politiche, sociologiche, tecniche, nonché fra alcune semplici arti⁽³⁸⁾. A un certo punto, verso la fine del secolo, parve

certa disciplina, esiste un complesso di nozioni collegate fra loro e derivate da principi generali; i giuristi però, forse senza neanche rendersene conto, chiamano scienze anche certe discipline che sono in realtà meri « conglomerati di cognizioni scientifiche ».

Che la scienza del diritto amministrativo non rientri in quest'ultimo gruppo, mi pare sia oggi cosa indiscutibile, mentre invece una volta fu sostenuta l'opinione contraria: v. fra gli altri, PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, I, p. 37; in parte MAYER O., *Deut. Verwaltungsrecht*, I, p. 19 ss. (un po' diversamente nelle prime ediz.); contra JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, p. 42; SPIEGEL, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, Leipzig, 1909, in genere.

⁽³⁷⁾ WOLFF, *Jus naturae*, 1740-48; JUSTI, *Grundsätze der Polizeywissenschaft*, Göttingen, 1756. È però da ricordare anche il francese DE LA MARE, *Traité de la police, ecc.*, Paris, 1722-28, 4 vol., e, molto più tardi, l'italiano FIANI, *Della polizia considerata come mezzo di preventiva difesa*, Firenze, 1853-56, 2 voll.

⁽³⁸⁾ Il LANDSBERG (in STINTZING LANDSBERG, *Geschichte der deut. Rechtswissenschaft*, München Leipzig, 3° Abt., 1° Hb., testo (1898), p. 243) dice che

dovesse sorgere un vero e proprio diritto della polizia: alcuni giuspubblicisti vi accennarono ⁽⁸⁹⁾, altri ne elaborarono ma-

essa fu iniziata dall'HEUMANN, *Initia juris politiae Germaniae*, 1757. Fra i successivi si ricordano: SONNENFELS, *Grundsätze der Policy, Handlung und Finanz*, Wien, ¹ 1765, ² 1804 (revisioni di quest'opera, a cura di vari autori, sono state stampate più volte, con titoli un po' differenti); HOHENTHAL, *Liber de politia*, Leipzig, 1776; FISCHER FR. CHR. JONATH., *Lehrbegriff sämtlicher Kammer und Policyrecht Deutschlands und Preussens*, Frankfurt a. O., 1785, 3 voll.; l'ultimo maggiore autore di questa scienza è il v. MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach der Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832, ³ 1866, 3 voll., in cui si può vedere anche una notevolissima bibliografia sull'argomento (v. peraltro su quest'autore la nt. 72). In seguito, specie ad opera del BLUNTSCHLI, lo stesso termine di « polizia » fu assunto nella sua accezione moderna, di azione di coazione verso persone e cose (v. anche RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, IV, I, p. 262 ss.).

Sulla scienza della polizia manca ancor oggi un'opera d'insieme, ed il giudizio intorno al valore di essa è tuttora incerto (v. fra tutti gli apprezzamenti del Merkl, *op. cit.*, p. 87). Secondo alcuni autori, accanto a questa scienza sarebbe esistita, a sè stante e talora anzi più importante, una scienza, o anche un'« arte delle leggi amministrative » (*Verwaltungsgesetzkunde*), che avrebbe avuto anche altri nomi, e che avrebbe dovuto soddisfare scopi secondari, burocratici, in quanto serviva più che altro alla preparazione dei burocrati. In fondo però essa si può considerare come un diverso atteggiamento o un diverso indirizzo della medesima scienza della polizia.

Tale scienza d'altronde fu un portato diretto dalla mentalità tipica della fine del '700; accanto agli scrittori di scienza della polizia, camerale, delle leggi amministrative, ecc., vi furono, molto più importanti nella storia del pensiero, coloro che scrissero di scienza della legislazione (Filangieri, Spedalieri, Genovesi Bentham, Schmidt, sotto certi aspetti lo stesso Rousscau). In tutte queste scienze, su una larga e complessa base di diritto naturale, di psicologia, di economia (di recente scoperte in Francia e in Inghilterra), oggetto di studio era la ricerca degli ottimi principi che dovessero presiedere l'organizzazione giuridica della vita associata, principi di valore e portata universale, o almeno ritenuta tale secondo i postulati di una filosofia che era insieme razionalista ed empirista.

⁽⁸⁹⁾ HAEBERLIN C. F., *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, Berlin, 1794, II, p. 560: « Es ist Pflicht der höchsten Gewalt im Staate, für die Sicherheit der einzelnen Bürgern auf alle Art und Weise zu sorgen. Hieraus folgt... dass sie überhaupt darauf denken muss, solche Einrichtungen zu machen und solche Verfügungen zu treffen, wodurch Sicherheit erhalten und alles dasjenige möglichst abgewendet wird, was dem Staat sowohl im Ganzen, als den einzelnen Bürgern nachtheilig, werden könnte. In so fern hiebey blos aus die innere Sicherheit Rücksicht genommen wird, ist dies Recht unter dem Namen Policyrecht begriffen. Man versteht also hierunter denjenigen Zweig der bürgerlichen Regierung, vermöge dessen der höchsten Gewalt die Befugnis zusteht, alle Einri-

nuali ⁽⁴⁰⁾. Tuttavia non si trattava ancora di un indirizzo decisamente giuridico: malgrado i titoli, le varie opere erano in sostanza opera di scienza della polizia.

Chi apra la « Scienza della polizia » del von Mohl ⁽⁴¹⁾, che è il più sistematico di tutta questa schiera di studiosi, troverà che per ogni argomento si prende in considerazione anzitutto il fondamento filosofico, se è possibile; quindi si espongono gli aspetti sociali nel loro complesso e confuso intrico, con quell'habitus tipicamente sincretistico proprio delle scienze sociali di allora. Talvolta poi si fanno anche dei rilievi storici e comparatistici; l'aspetto giuridico resta quindi soffocato da tutte queste altre cose, dalle quali, in fondo, neanche si pensa di separarlo. La scienza della polizia fu insegnata talora insieme al diritto pubblico o alla scienza camerale, talora come disciplina autonoma, con nomi vari. Più spesso non fu insegnata affatto. Accadde anche che fosse unita alla scienza c. d. dell'economia pubblica, sotto il nome

chtungen zu machen und Verordnungen zu erlassen, wodurch künftige für das gemeine Wesen im Innern zu befürchtende Uebel abgewendet werden ». Egli proseguiva poi mostrando in che senso tale diritto dovesse riguardare il bene comune rispetto alle industrie, all'alimentazione, ai mestieri, ai danni presenti e futuri.

⁽⁴⁰⁾ Soprattutto v. GÜST. HEINR. v. BERG., *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, 7 vol., Hannover, 1799³, p. 1802.

⁽⁴¹⁾ Diceva il v. MOHL, non essere possibile considerare il solo lato giuridico degli istituti (Anstalten) della polizia, perché essi altrimenti sarebbero rimasti incomprensibili, così ascissi dal resto della « scienza della polizia ». E notava che il « diritto » della polizia del BERG, in fondo altro non era che un termine, dato che tale autore faceva in realtà della scienza della polizia.

La Polizeiwissenschaft del v. MOHL, è divisa in tre parti: la prima dedicata ai principi materiali della sc. della polizia, ove si descrivono, con ordine sistematico, le varie attività e istituzioni statali e cioè la cura della personalità fisica dei cittadini, che considera la demografia, la sanità, l'assistenza e beneficenza (Theurungs e Armenpolizei), ecc.; la cura della personalità morale (Bildungspolizei) che considera l'istruzione, la polizia dei costumi, i culti religiosi, le arti; la cura dei beni dei cittadini, nell'acquisto e nella conservazione di essi; la cura dei mestieri, che considera l'economia agraria, montana, il commercio, le industrie. La seconda parte è dedicata ai fondamenti formali, e considera l'organizzazione e i procedimenti amministrativi. La terza è dedicata a un ramo importante e formalmente autonomo della sc. della polizia, quella che si diceva « giustizia preventiva » o « polizia giuridica », che corrisponderebbe approssimativamente a quella che fino a poco tempo fa era chiamata attività giuridica dell'amministrazione.

di « scienza dell'amministrazione pubblica », come p. e. si ebbe nella stessa Francia rivoluzionaria, dal 1802 al 1804 ⁽⁴²⁾.

La scienza del diritto amministrativo poté sorgere dunque solo quando gli ordinamenti positivi ebbero un diritto amministrativo; tuttavia essa si sviluppò in modi differenti nei vari paesi continentali ⁽⁴³⁾.

Sorse, prima che altrove, proprio in Italia, ad opera del Romagnosi. Nel fervore di studi e di opere che caratterizzò la Repubblica cisalpina, poi Regno Italico, e che la Francia cercò quasi sempre di soffocare, il Romagnosi fu a lato dell'operoso ministro della giustizia, conte Luosi, il quale dall'Università di Pavia lo trasferì a Milano, a una cattedra di « alta legislazione in rapporto alla pubblica amministrazione », per lui istituita ap-

(42) Per lo più era insegnata la scienza camerale. Lo SPIEGEL ricorda però che a Praga, verso il 1776, si sarebbe tenuto un insegnamento ufficiale, ma extrauniversitario, di « scienza burocratica » (kreisamtliche Wissenschaft) (*op. cit.*, p. 13 nt. 30), a cura di tale von Mayern, il quale avrebbe scritto un libro in forma di catechismo, seguendo, come criterio di esposizione, quello delle divisioni dei ruoli degli impiegati che vigeva in Austria nel 1751 (contribuzionale, pubblica, militare, diaetale, commerciale, camerale, giudiciale vel quasi).

In Francia nel 1802 fu istituita la cattedra di « economia e amministrazione pubblica », che si ebbe anche a Torino, essendo il Piemonte annesso alla Francia (v. più ampiamente nt. 81 successiva). Si tratta di una disciplina di carattere ancora incerto. Comunque, nel 1804, la disciplina cambiò nome, orientandosi verso un contenuto maggiormente giuridico, come si dirà nel testo (all'inizio del § s.). La scienza del diritto amministrativo doveva sorgere solo più tardi, col Romagnosi e col Macarel.

In Germania, fin verso la metà del secolo scorso, pare si seguitasse a insegnare la scienza camerale, o anche la scienza della polizia, talora con nomi diversi. Lo SPIEGEL (*op. cit.*, p. 27 nt. 47), cita un'opera del G. JELLINEK da cui risulterebbe che ad Aidelberga nel 1° terzo di secolo fosse insegnata una materia di tal fatta, da parte di un professore di geologia e mineralogia.

(43) Una storia della sc. del diritto amministrativo non è ancora stata scritta. Per il primo periodo v. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, III, 1856, pp. 193-293, che arriva fino al 1855, seguendo soprattutto la letteratura francese. Altre opere contengono capitoli storici non molto estesi: i più ampi in: HAURIOU, *Précis de droit administratif* del 1893, p. 31 ss.; MALLEIN, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, 1857, p. 55 ss.; DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1877, I, p. 77 ss.; TELESIO, Appendice al capo IV dei *Principi di diritto amministrativo*, del Manna, Napoli, 1879, I, p. 68 ss.; MEUCCI, *Istituzioni*, p. 10 ss.

positamente ⁽⁴⁴⁾. Caduto il Regno Italico, la cattedra parve all'Austria un focolaio di liberalismo; e pare che per mostrare il carattere puramente scientifico del proprio magistero, il Romagnosi abbia redatto in pochissimo tempo, nel 1814, i suoi « Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni ». Sembra anche che egli volutamente abbia usato un linguaggio astruso, quasi esoterico, per non farsi capire dalla censura ⁽⁴⁵⁾. Certo è che, a parte questa ragione, l'opera era effettivamente difficile: vi si arrivavano a isolare certi concetti che poi parvero conquiste della scienza germanica, come quelli di cosa pubblica, di competenza funzionale, di decisione amministrativa; argomenti che per tanto tempo in seguito dovevano essere contesi tra varie discipline giuridiche, si trovano qui chiaramente ricompresi nel diritto amministrativo (polizia), e in altri punti, come p. e. quelli che riguardano la competenza in generale, l'amministrazione tutoria ed economica, la forma nel diritto amministrativo, l'opera può offrire ancor oggi spunto di nuove ricerche: lo sforzo di dare forma scientifica al materiale che offriva la legislazione grezza, fu così poderoso, che bisognava attendere la fine del secolo per trovare qualche cosa di simile.

Solo che allora gli autori avranno dietro di loro tutta un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, e, per la tradizione ormai stabilita, avranno quello che in arte si direbbe un « mestiere », per cui le loro opere non potranno non avere una maggior tecnica e un possesso sicuro dei dati di diritto positivo. Lo sforzo di sintesi del Romagnosi, cui mancava ogni precedente, ebbe diverso carattere, e dovè tendere più ad elaborare speculativamente criteri generali, che a sistematizzare principi e concetti generali

⁽⁴⁴⁾ È noto quale contributo diede Romagnosi alla preparazione dei codici penale e di procedura penale del Regno italico, che Napoleone poi fermò, nonché alla preparazione di altre leggi. Intorno a questo contributo e agli scritti cui diede luogo, v. RAVA L., *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo recente sviluppo*, Bologna, 1898, p. 18 ss. (il quale considera però il R. come fondatore della scienza dell'amministrazione, non del diritto amministrativo, opinione che in quel periodo fu sostenuta anche da altri).

⁽⁴⁵⁾ BELLONI G. A., *Romagnosi, Come intenderlo?*, Roma, 1934, citato dal DEL VECCHIO, G. D. *Romagnosi nel primo centenario della sua morte*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1936 (XVI), p. 17.

già individuati ⁽⁴⁶⁾. Invero per valutarlo pienamente e trarne gli elementi vitali, sarebbe necessario un lungo lavoro, se non altro che per coordinare i « Principi » con le altre opere giuridiche e filosofiche ⁽⁴⁷⁾. Questo lavoro, che sarebbe fondamentale, ancora manca.

Già queste ragioni spiegherebbero come la portata delle teorie romagnosiane non sia mai stata afferrata del tutto né dai contemporanei né dai posteri. A ciò contribuì anche il violento interrompimento dell'attività del pensatore, che non gli permise di avere un seguito, una scuola, cioè un mezzo atto a chiarire, a limare, a divulgare un corpo di dottrine, creandogli attorno quell'alone che è necessario perché esso venga appreso e apprezzato, specie da parte di chi non ha letto le opere in cui esso si esprime, e riceva un posto nella storia del pensiero. Solo qualche idea giuridica del Romagnosi ebbe una certa diffusione presso i contemporanei e i prossimi nel tempo, ma si trattò sempre di idee riflettenti il diritto costituzionale o il penale, non l'amministrativo.

Fu l'Austria che nel 1817 abolì la cattedra di Milano. Un anno dopo Macarel pubblicava quel lavoro che lo spirito di corpo dei giuristi francesi e dei loro ornamenti, cioè in pratica di quasi

⁽⁴⁶⁾ Il Romagnosi conosceva profondamente la dottrina del diritto pubblico italiana, francese, e specie germanica, come risulta dal noto « Raguaglio degli studi di diritto germanico » (nel Tomo III delle *Opere* curate dal De Giorgi (Milano, 1842), e da alcune lettere (per cui v. TOMMASINI, *La nozione del diritto amministrativo nell'opera di G. D. Romagnosi*, Parma, 1892, p. 13).

⁽⁴⁷⁾ Specie con le « *Lezioni* », pubblicate dal De Giorgi molto dopo, nel vol. VII delle *Opere*. Possono servire anche la « *Introduzione al diritto pubblico universale* », pubblicata nel 1805, quando il R. a Parma insegnava diritto pubblico, e la « *Scienza delle Costituzioni* », opera postuma; la prima peraltro, specie nella seconda ed. (1825), è tendenzialmente filosofica, e la seconda si ritiene manomessa.

Fra i più notevoli abbozzi di interpretazioni dei « *Principi* » del Romagnosi, si veda quello del DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di dr. amministr.*, I, p. 80 ss.; numerosi altri autori del secolo scorso credettero ispirarsi a dottrine romagnosiane, non sempre esattamente intendendolo. L'opera del CAGLI V., *G. D. Romagnosi, La vita, i tempi, le opere*, Roma, 1935, p. 223 ss., contiene un capitolo dedicato al diritto amministrativo del R., meramente informativo e non sempre esatto. Restano tuttora interessanti le opere del TOMMASINI (*Nozione del diritto amministrativo*, cit., *Il concetto della giustizia amministrativa in G. D. Romagnosi*, Parma, discorso inaugurale, 1901) che sono tuttavia oneste e intelligenti precisazioni critiche di alcuni fraintendimenti di dottrine del pensatore.

tutti i giuristi fino a poco tempo fa, salutavano come prima pietra del diritto amministrativo. Due anni dopo si istituiva a Parigi la cattedra di diritto pubblico e amministrativo per il De Gérando (1819). Così la scienza del diritto amministrativo, come avvenne del resto per altre scienze morali, nata in Italia, fu stroncata da stranieri, e a un certo punto la dovvemmo reimportare.

8. Subito in Francia il diritto amministrativo salì a grande splendore: fin dall'alba dei tempi moderni in questa nazione il potere pubblico si era andato sempre più rafforzando, e formatasi una forte compagine nazionale, si era sempre più accentrato. Vi era un organo centrale, che fra le altre ebbe anche funzioni amministrative contenziose, il Conseil du Roi, del quale esisteva, se pure non ben conosciuta, una giurisprudenza che oggi i francesi dicono pregevole ⁽⁴⁸⁾. La rivoluzione trovò dunque in questa materia un cammino molto più facile che altrove. Dopo alcune vicende, la legge 22 ventoso XII (13 marzo 1804), nel riordinare le facoltà giuridiche, istituì un insegnamento di « diritto pubblico e diritto civile nei suoi rapporti con l'amministrazione pubblica ». La locuzione che si usò è sufficiente a indicare in che cosa consistesse questa disciplina. All'insegnamento fu chiamato a Parigi il Portiez de l'Oise; però esso languì e poi scomparve ⁽⁴⁹⁾. Ma nel 1810 già Merlin inseriva la voce « atto amministrativo » nel suo noto repertorio, e scrittori oggi dimenticati scrivevano opere di « legislazione amministrativa » e « principi dell'amministrazione » ⁽⁵⁰⁾.

La scienza sorse, come si è detto, dall'opera del Macarel « *Les éléments de jurisprudence administrative* », la quale raccoglieva secondo materie le decisioni del nuovo Consiglio di Stato, mostrando come nella giurisprudenza di esso si potessero isolare già dei solidi principi scientifici. Tuttavia non sorse la scienza

⁽⁴⁸⁾ V. nt. 5.

⁽⁴⁹⁾ Sugli inizi della scienza francese del diritto amministrativo v. BOULATIGNIER, *De l'origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France, Rév. étrang. et franç. de législat. jurispr. écon. pol.*, 1839, p. 80 ss.; MALLEIN, *op. cit.*, pp. 34 ss., 55 ss.

⁽⁵⁰⁾ Alcuni di essi sono ricordati dal MALLEIN, *op. loc. cit.*; HAURIU, *Précis de droit administratif* del 1893, p. 35 ss.; v. MOHL, *Geschichte*, III, p. 193; DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di dr. amministr.*, I, p. 78 ss.

della giurisprudenza amministrativa, ma quella del diritto amministrativo, per opera del De Gérando, il cui primo corso a Parigi ci è conservato nel periodico *Thémis* ⁽⁵¹⁾. Il De Gérando, temperamento fortemente dogmatico, si fondò principalmente sulla legge, e divise il suo corso in tre parti: stabilimenti pubblici, patrimonio pubblico, ordine pubblico. Per ogni parte pose in luce principi generali e particolari, e diede degli aggruppamenti sistematici che ancor oggi meravigliano per la loro chiarezza, alcuni dei quali potrebbero anche ora essere ripensati. Il terzo autore, il Cormenin fu piuttosto un analitico, come il Macarel: egli lasciò una scintillante opera, ove le materie, in ordine alfabetico, erano trattate in teoremi e corollari ⁽⁵²⁾.

Sopravvenne la reazione, furono abolite le cattedre (1823, v. in *Thémis* 1823, 42), si ebbe un periodo d'arresto. Ma nel 1828 Parigi riebbe la sua cattedra, nel 1837 essa fu istituita in tutte le università del reame. Da allora iniziò il periodo più fervido della scienza francese del diritto amministrativo, sia per il numero e il valore degli scrittori, sia perché, superata la prima fase, l'indirizzo delle opere da analitico divenne sempre più sistematico. Gli stessi tre iniziatori scrissero dei corsi e dei trattati ⁽⁵³⁾; il De Gérando lasciò un'opera immensa nei suoi cinque volumi degli *Institutes du droit administratif français*, condotti per minute regole e applicazioni, fondate tutte sul diritto positivo ⁽⁵⁴⁾. Lo sforzo

⁽⁵¹⁾ Questo periodico ebbe grande importanza per la scienza francese, e fu uno dei mezzi migliori con cui essa si diffuse in Europa; in particolare esso servì alla scienza del diritto amministrativo, raccogliendo nelle sue file tutta la schiera che vi attendeva. Nel 1° vol. (1819), p. 66, è contenuto il *Discours d'ouverture du cours de droit public et administratif*, e anche il *Plan général du cours* (150). Altre lezioni sono conservate nello stesso periodico, anni success. voll. 2° e 4°.

⁽⁵²⁾ *Questions de droit administratif*, Paris, 1° 1822, 2° 1825.

⁽⁵³⁾ MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, 1° 1844, 2° 1857, voll. 4; CORMENIN, *Traité de droit administratif*, Paris, 5° 1840, 2 voll.; DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français*, Paris, 1° 1830, 5 voll.

⁽⁵⁴⁾ P. e. al tomo 5 (3ª ed. 1846, p. 3), la regola 1923, a proposito dei marchés de travaux publics, suona: « Quant aux conditions même des marchés et aux stipulations qui doivent lier les entrepreneurs et l'Etat, elles sont exclusivement du ressort du cahier des charges ». Ad essa seguono undici applicazioni, tratte da leggi e ordinanze, alcune delle quali subnumerate a lor volta, una p. e. fino al 12°. Tutta l'opera è divisa in libri, titoli, capitoli, divisioni, suddivisioni, sezioni, articoli, regole. Le applicazioni di ogni regola, che talvolta durano pagine e pa-

di sintesi che caratterizza questo periodo, tende a cercare i problemi e i punti centrali del diritto amministrativo, mentre scarsissimo conto tiene delle scienze del diritto privato e del diritto internazionale. Era un'epoca in cui ancora non chiari erano i limiti tra scienze giuridiche e scienze non giuridiche: il lato più appariscente del nuovo ramo del diritto era il rivestirsi di forme giuridiche di certi aspetti della vita associata. E oggi possiamo osservare un fatto unico nella storia delle discipline giuridiche: che quasi ogni autore determina un proprio criterio, assumendolo come fulcro e chiave per edificare tutto il sistema giuridico del diritto dell'amministrazione, onde si ha tutta una serie di dottrine, si direbbe, monocordi: il Bouchené Lefer e il Macarel assunsero il criterio del modo di organizzazione dei servizi pubblici⁽⁵⁵⁾; il Serrigny e altri quello della specie dell'azione amministrativa: azione consiglio giudizio; il Fr. Laferrière quello delle qualità intrinseche dei servizi amministrativi, p. e. la loro estensione territoriale e il loro fine⁽⁵⁶⁾; il Foucard quello del modo onde l'attività amministrativa restringe la libertà privata⁽⁵⁷⁾; altri, tra i minori (Boulatignier, Trolley), seguiva al massimo criteri eclettici, mentre un gruppo di autori cominciava già a individuare i problemi fondamentali della giustizia amministrativa⁽⁵⁸⁾. Opere quasi tutte da porre sullo stesso piano, perché se alcuno fu

gine, sono talora riunite in paragrafi e numeri. Mi pare che come opera individuale sia tuttora la più grandiosa che si trovi nella scienza del diritto amministrativo. Peccato che oggi è completamente inservibile.

⁽⁵⁵⁾ MACAREL, nel *Cours d'administration et de droit public.*, cit.; BOUCHENÉ LEFER, *Droit public et administratif français, ecc.*, Paris, 1830. Sui criteri seguiti dagli autori di questo periodo, il giudizio di quelli successivi fu eccessivamente severo: v. p. e. quanto dicono il BATBIE e il DE GIOANNIS GIANQUINTO.

⁽⁵⁶⁾ SERRIGNY, *Traité de droit public*, Paris, 1845; FR. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et de droit administratif*, Paris, 1839. Quest'ultimo ebbe 5 ediz. fino al 1860. L'A. modificò spesso le proprie idee: nelle prime ed., parlava dei servizi quanto al loro fine di conservazione oppure di sviluppo della società; nella 3^a (1850), quanto alla loro estensione territoriale.

⁽⁵⁷⁾ FOUCARD, *Eléments de droit public et administratif*, Paris, 1834, 4 1855-75, 4 voll.

⁽⁵⁸⁾ CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, Paris, 1841; SERRIGNY, *op. cit.*, e *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, 1842; VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, 1845.

miglior sistematico, altri fu più organico, altri più acuto, altri più sostanzioso. Fu dunque un periodo caratterizzato da un pullulare rigoglioso e spontaneo di tentativi diretti alla sistemazione dei nuovi fenomeni giuridici, condotti con completa indipendenza dalle altre scienze giuridiche, per cui non si poterono avere quelle direttrici generali di ricerca che tanto giovano agli studi, non si poté avere né un'unità di metodo, né una visione veramente critica dei problemi nuovi. Tuttavia fu merito di questi autori aver tentato tanti cammini diversi, cosa che permise rapidamente agli autori venturi di ogni paese, di avere una vasta esperienza scientifica, la quale doveva giovare più di ogni possibile ben congegnato sistema.

La rivoluzione del 1848 e gli avvenimenti successivi mutarono la legislazione, dapprima in senso più liberale, poi reazionario (1852), poi di nuovo liberale moderato (1860); nel diritto amministrativo di conseguenza si ebbe un breve periodo d'arresto; nel frattempo il Consiglio di Stato veniva elaborando tutta la giurisprudenza del contenzioso di *excès de pouvoir*, lavoro sottile e geniale, com'è ben noto.

Nel frattempo la pandettistica germanica aveva avuto un certo influsso sui romanisti francesi, e quindi, da essi, sui civilisti, seppure in forma molto attenuata. Di secondo grado, attraverso le opere di studiosi di queste altre scienze, essa influi anche sulla scienza del diritto amministrativo. E difatti il Batbie, nella *Introduction générale au droit public et administratif* (del 1861) ⁽⁸⁹⁾, propose un criterio, che fu, in sostanza, seguito almeno fino ad Hauriou: l'introduzione della partizione civilistica in persone, cose e obbligazioni, trasformata e adattata in quella di persone, cose e modi d'acquisto di diritto amministrativo; a ciò si contrapponeva la giurisdizione amministrativa, corrispondente allo « esercizio e difesa dei diritti » di allora. Ma, più che il criterio sistematico, giovò il trasporto, seppure un po' timido, dei concetti elaborati dal diritto privato: l'amministrazione (Stato o ente minore) fu riconosciuta come soggetto giuridico, che può essere ti-

⁽⁸⁹⁾ BATBIE, *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, 1861. Il DE GIOANNIS GIANQUINTO crede che la fonte del nuovo metodo del Batbie sia l'Ortolan; ma invero essa era ormai comune in molti romanisti e civilisti.

tolare di diritti, esercitarli in vario modo, « difenderli »: di qui lunghi esami dei diritti politici, dei c. d. diritti dei pubblici servizi, e l'introduzione o migliore applicazione dei concetti di fonte del diritto, di atto amministrativo, di vizi dell'atto, di tutela amministrativa, di contratto e quasi contratto amministrativo, di dominio pubblico e privato dello Stato, ecc. Appartennero a questo gruppo alcune opere che ebbero grande importanza anche per i nostri giuristi ⁽⁶⁰⁾.

In fondo solo a questo momento si può dire che sorge in Francia un diritto amministrativo di carattere moderno; ma si vedrà che contemporaneamente esso sorgeva anche in Italia e in Germania. Tuttavia in Francia vi era qualche altra cosa che in questi paesi mancava: un'organizzazione amministrativa ormai matura e ricca di esperienza: ciò permise ai nuovi giuristi di compiere l'opera per cui la dottrina francese ha conquistato i suoi titoli migliori, e cioè lo studio sistematico della giustizia amministrativa: chi l'iniziò fu l'Aucoc, il quale, nella sua opera fondamentale, accanto allo studio dell'organizzazione, condotto col criterio della specie degli interessi amministrati, rivelò in forma chiara e con nuovi sviluppi la giurisprudenza dell'*excès de pouvoir*. Sopravvenne poi la riforma del Consiglio di Stato del 1872, e seguì l'opera, che è ancor oggi uno dei pilastri del diritto amministrativo, del Laferrière E., il *Traité de la juridiction administrative* ⁽⁶¹⁾.

Ormai, specie per l'opera dei minori (Trolley, Cabantous, Dufour, Pradier-Fodéré, i vari Dareste, Jacquelin, Colin, ecc.), il diritto amministrativo era stato largamente esplorato: l'avvicinamento al diritto privato (e processuale civile) aveva dato pregevoli frutti, ma anche una strana idea: cioè che il diritto amministrativo fosse un diritto eccezionale rispetto al diritto comune, alla stregua del diritto commerciale. Questo concetto di diritto

⁽⁶⁰⁾ BATHIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, 1868, 7 voll. (1885, voll. 8); DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, 1866, 9 1881.

⁽⁶¹⁾ AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1869, 8 1885 (i volumi successivi al 1° sono dedicati ai lavori pubblici, data la natura del corso tenuto dall'A.); LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1 1887.

eccezionale era del tutto particolare, e chi lo prese in quel senso rigoroso che gli attribuiamo noi in Italia, fraintese quello che in realtà volevano dire gli autori francesi. Essi avevano trovato semplicemente che v'era una parte generale del diritto; ma avendola identificata con la parte generale del diritto civile, dovettero immaginare che il loro diritto fosse una deviazione da questo. L'Hauriou concludeva nel 1893 con questi curiosi pensieri: noi abbiamo lavorato tanto, e siamo finiti col tornare indietro, perché dobbiamo riconoscere che il nostro diritto è vicinissimo al diritto privato; così nel medioevo si formò a un certo punto il diritto commerciale: siccome esistevano, come oggi per quello amministrativo, dei tribunali propri della materia commerciale, esso parve qualche cosa di nuovissimo; ma il tempo ha mostrato che esso era solo un ramo del diritto privato ⁽⁶²⁾.

Ove tale concetto s'intendesse secondo i nostri criteri, esso sarebbe contraddittorio con l'idea che lo stesso Hauriou doveva riprendere qualche anno dopo, del régime administratif, che egli fondava soprattutto sull'ampiezza e autorevolezza della funzione del Consiglio di Stato.

Dopo il Laferrière, nella scienza francese del diritto amministrativo si produsse un fatto molto interessante, poiché per un aspetto si ebbe un allargamento di orizzonti, per un altro una contrazione. Col sorgere del secolo vennero infatti elaborandosi alcune dottrine generali, le più importanti delle quali, nel nostro campo, furono quelle dette «realiste», rappresentate dalle opere del Duguit, dell'Hauriou e dei loro seguaci ⁽⁶³⁾. Esse ebbero l'ef-

(62) HAURIOU, *Précis de droit administratif* del 1893, p. 55 ss. Successivamente pare che egli abbia abbandonato questa opinione, che, oltre a essere fondata su un concetto non rigoroso del diritto eccezionale, e sull'equivoco detto nel testo, è criticabile nel seno stesso della sua logica, da tanti altri punti di vista. Essa era però comune negli scrittori francese non ultimissimi.

(63) Gli studi maggiori su queste dottrine sono tuttora quelli del FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico*, e *Le dottrine realiste di Hauriou*, che ora trovansi negli *Studi giuridici* (Roma, 1937, I, pp. 23 e 147). Nel primo di questi studi, egli acutamente rilevava, fin dal 1902, l'illogicità fondamentale del metodo di queste dottrine, le quali pongono assertoriamente i fatti che costituiscono oggetto di studio delle scienze morali, come «dato» di ricerca e insieme come «cosa» materialmente esistente (p. 65 ss.). Successivamente la dottrina si è occupata moltissime volte di questi autori.

fetto benefico di rompere il cerchio di rigido e incompleto nazionalismo, che fino ad allora aveva cinto la scienza francese. Ad essa poi, col loro tentativo di ridurre ad unità di sistema tutto il diritto, diedero per la prima volta il gusto delle teorie giuridiche generali, gusto che oggi sta a poco a poco superando l'abitudinario tradizionalismo scientifico ivi endemico, e va guadagnando notevoli adepti. Tuttavia queste teorie generali ebbero carattere differente da quelle che contemporaneamente fiorivano in Italia, appunto, è da credere, per il tradizionalismo scientifico stesso, che nei riguardi della scienza del diritto amministrativo era particolarmente forte per evidenti ragioni nazionali. È vero che in Francia la scienza del diritto pubblico, in ispecie quella del diritto amministrativo, era stata molto meno esegetica delle scienze giuridiche privatistiche, ma pur con tale sua maggior costruttività, stabilizzatosi, per così dire, il corpo delle dottrine fondamentali, in pratica essa aveva sortito effetto quasi simile, in quanto proprio contemporaneamente alla ventata di teorie generali, si andava chiudendo in un proprio ordine ideologico, con una ingombrante serie di miti intoccabili, di formule ripetute acriticamente, di convenzionalismi e di preconcetti nell'apprezzamento del valore di certi avvenimenti storici e di certe espressioni dottrinali straniere. L'opera di O. Mayer, tradotta in francese, ebbe scarsa risonanza; le teorie generali, da parte loro, non avevano esteso il loro sforzo al di là di certi sommi concetti, per cui sono venuti a mancare o sono rimasti allo stato grezzo quasi tutti quei concetti intermedi e minori, che hanno tanta importanza in ogni scienza giuridica.

Qualche affinamento di questi concetti minori, e qualche acuta impostazione di problemi particolari, si ebbe soprattutto nella diuturna opera di annotatore dell'Hauriou, cui la scienza francese deve anche una delle sue teorie più fortunate, quella dell'istituzione. Continuamente superandosi e rifacendo le proprie dottrine, l'Hauriou fu certo una delle più notevoli figure fra i recenti giuristi europei ⁽⁶⁴⁾. Qualche cosa può trovarsi anche in uno

⁽⁶⁴⁾ Nelle varie edizioni dei suoi *Précis e Principes*, egli ha di continuo rielaborato la materia. Riguardano il diritto amministrativo: il *Précis de droit administratif et de droit public* (la 12^a ed. è del 1933), che da qualche tempo è diviso

scrittore di grande attività, lo Jèze, che con i criteri del Duguit, ha, nel proprio sistema, assegnato un posto eminente al concetto di servizio pubblico ⁽⁶⁶⁾.

Ma, se pure è dato trovare colpi d'ala e sottili rilievi dogmatici e pratici, in genere le varie opere poggiano su basi incerte, si aggirano fra concetti imprecisi, gravitano in teorie empiriche e parziali. L'assenza di metodo critico si fa ora sentire. Anche nelle opere migliori, l'utilità pratica e scientifica è diminuita per lo scarso raffinamento concettuale: in un libro sulla nozione di pubblica utilità, invano cerchereste di sapere se essa è circostanza costitutiva o modificativa, se è motivo o presupposto, se è parte del giudizio di merito o di legittimità; in un libro sul problema della voie de fait, uno dei miti del diritto francese, s'ignora il concetto di legittimazione, che probabilmente avrebbe risolto tutto l'intrico con grande semplicità; e potrei seguitare con gli esempi.

La scienza francese ha avuto un periodo di depressione subito dopo la guerra del 1914; da essa si sta risolvendo negli ultimi anni, in cui si sono moltiplicati gli studi monografici di parte generale. Ma ci si sta accorgendo che è necessario riprendere i contatti con le altre scienze giuridiche e con le dottrine di

in: organizzazione della pubblica amministrazione, esercizio dei diritti dell'amministrazione (contenzioso), diritti delle amministrazioni; il *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris⁴, 1938; le note, ora raccolte nei 3 voll. de *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, 1929.

⁽⁶⁵⁾ JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, vol. I (tecnica giuridica), ¹ 1904, ² 1925; vol. II (servizio pubbl., e statuto degli agents publics) ³ 1930; vol. III (funzionamento dei servizi pubbl. ecc.) ⁴ 1926; vol. IV (Contratti della p. a.) ⁵ 1934. Inoltre vi sono numerosissimi Corsi di diritto amministrativo, tenuti in vari anni.

Lo Jèze, essendo temperamento insieme fortemente dialettico e fortemente acritico, non è ancora riuscito a chiarire in termini giuridicamente soddisfacenti il concetto di servizio pubblico, che secondo lui forma la chiave di tutta la scienza del diritto amministrativo; se ne veda un'esposizione concettosa in *Le service public*, *Revista de drept public*, 1926, contro cui però, dal suo punto di vista, anch'esso per noi giuristi italiani un po' incomprensibile, si veda l'HAURIU, nelle prime pagine della 11^a e 12^a ed. del *Précis de droit administratif*.

Da ricordare è anche il BARTHÉLÉMY (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, ¹ 1900, ² 1930), che divide semplicemente il sistema del dr. ammin. in tre parti: organizzazione, azione amministrativa, giustizia amministrativa.

altri paesi: e così certi autori recenti cominciano a ospitare i concetti e i problemi elaborati dalla scienza germanica, italiana e anglosassone, e dalla scienza del diritto internazionale e procesuale: basti ricordare qui il Bonnard, il Welter, il Waline ⁽⁶⁶⁾.

9. Nei paesi germanici la scienza del diritto amministrativo ebbe tutt'altro sviluppo. Si è visto come le innovazioni posteriori al periodo napoleonico si riflettano soprattutto nella miglior disciplina di alcune attività amministrative e in una organizzazione del processo amministrativo dinanzi ai tribunali ordinari, o ordinari con competenza speciale, o speciali. La scienza giuridica germanica vantava una tradizione di notevoli scrittori ⁽⁶⁷⁾, anche se in sostanza non strettamente giuristi; il secolo si chiudeva con una controversia tra il Gönner e il von Berg ⁽⁶⁸⁾. Il primo, riprendendo l'antica idea dello Stato giurisdizionale e applicandola alla legislazione illuministica del periodo iniziato coi principi della fine del secolo XVIII, negava l'esistenza di un diritto della polizia, essendo le «*Polizeisachen*», in quanto tali, sottratte a disciplina giuridica, specie contenziosa, in antitesi alle *Justizsachen*, cioè a quelle materie per cui lo Stato poteva essere chiamato in giudizio. Il secondo, riannodandosi alla scienza camerale, affermava invece l'esistenza di un diritto della polizia, come diritto tipico di quel periodo storico. E ancora in pieno ottocento altri autori parlavano di diritto della polizia ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ I recenti scritti di diritto amministrativo del BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935; ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, 1937; WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1936, benché in parte ancor stereotipi, hanno notevolissimi spunti. Ma sono soprattutto le opere monografiche attraverso cui si tentano le nuove vie.

⁽⁶⁷⁾ V. in STINTZING LANDSBERG, *Geschichte*, I Abt., testo, p. 478 ss.; 2° Abt., pp. 32 ss., 189 ss.; 3° Abt., 1° Hb., pp. 112 ss., 315 ss.

⁽⁶⁸⁾ GOENNER, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut, 1804, I, p. 500; BERG, *Polizeyrecht*, cit., sp. I vol. Il Gönner ebbe molta importanza per gli studi amministrativistici dell'epoca, per l'opera *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Erlangen³ 1804, in cui vi era una chiara distinzione tra *Justizsachen* e *Polizeisachen* (II vol., pp. 1-99).

⁽⁶⁹⁾ P. e. il v. SALZA LICHTENAU, nel 1842; si ricorda qui l'opera del v. MOHL, già detta, sulla scienza della polizia (v. nt. 38 e 41). V. anche F. F. MAYER, *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, Tübingen, 1862, p. 108 e nt. 1.

Il secolo nuovo esordisce con un unico problema: la materia amministrativa da portare dinanzi ai tribunali, e quindi i rapporti tra giustizia e amministrazione: il diritto delle pubbliche amministrazioni è soprattutto un diritto processuale amministrativo ⁽⁷⁰⁾; per il resto è diritto dello Stato ⁽⁷¹⁾, o diritto privato. Il termine però di diritto amministrativo era già comparso: nel 1829 il v. Mohl proponeva la distinzione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, ma egli era anche studioso del diritto francese, e di lì l'aveva tratta, senza neanche esserne molto convinto ⁽⁷²⁾. Gli studiosi dei vari Stati non vi fecero gran caso: effettivamente un diritto amministrativo non esisteva in nessuno degli Stati stessi, eccetto forse in Baviera, per lo meno a stare a un'opera del Pozl, appunto al diritto amministrativo bavarese dedicata ⁽⁷³⁾.

Procedendo la legislazione in generale verso una maggior pubblicizzazione della disciplina giuridica delle cose amministrative, benché sempre dominasse, specie nelle opere monografiche, il sistema del diritto del fisco, come diritto privato eccezionale, si

⁽⁷⁰⁾ La letteratura di questo periodo è molto vasta: fra gli altri (che ho potuto trovare), PFIZER, *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz*, Stuttgart, 1828; WEILER, *Ueber Verwaltung und Justiz*, Mannheim, 1836; PFEIFFER, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramts*, Göttingen, 1851; MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses*, A. z. Pr., 1821 (4^o), p. 305 ss.; v. anche stesso period., voll. 12^o, 21^o, ecc. Si confronti il modo onde la questione sarà trattata dal MAYER O., *Justiz und Verwaltung*, Rekt. Rede, Strassburg, 1902. Questo autore inoltre ricorda che nel 1840 un giurista Miruss ancora parlava di diritti signorili territoriali (*Deut. Verwaltungsrecht*, I, p. 54, nt. 1).

⁽⁷¹⁾ Si tratta di opere descrittive, di cui la più nota è quella dello ZACHARIAE HEINR. ALB., *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, Göttingen¹, 1841-45. Più volte si trovano citate alcune altre opere, come p. e. quelle del BEHR, del ROENNE (*Die preussische Verwaltung*, Berlin, ¹ 1865), ecc.

⁽⁷²⁾ VON MOHL, *Das Staatsrecht des Königreichs Württembergs*, Tübingen, 1829. V. però gli apprezzamenti dello SPIEGEL, *op. cit.*, p. 25, nt. 45. Si noti che il VON MOHL nella *Polizeiwissenschaft*, più volte ricordata, sembrava implicitamente aver respinto il concetto di diritto amministrativo, già da lui accolto nello *Staatsrecht*; per cui la *Polizeiwiss.* fu molto discussa, da alcuni essendo stata accusata di retrogradismo, da altri invece considerata come il preludio alla *Verwaltungslehre* (v. STINTZING LANDSBERG, *Geschichte*, 3^o Abt., II Hb., testo, p. 507 ss.).

⁽⁷³⁾ V. POZL, *Lehrbuch des bayrischen Verwaltungsrechts*, München, 1856.

veniva riconoscendo accanto ad esso un diritto pubblico dell'amministrazione, non nel senso di diritto amministrativo, ma proprio di « diritto dell'amministrazione ». Questa fase è rappresentata principalmente dal wurtermberghese F. Felice Mayer ⁽⁷⁴⁾. Egli, dopo una prima opera in cui concepiva il diritto dell'amministrazione come limitazione alla sfera privata, nei successivi *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts* (1862), lasciò un lavoro sorprendente, che, sebbene oggi quasi inservibile per il cambiamento del diritto positivo e per averne la elaborazione dogmatica riviste tutte le posizioni teoriche, ebbe allora il pregio di introdurre, in un campo ove dominava la descrizione pratica dei fenomeni, il gruppo di quei concetti medi e minori che la pandettistica e i civilisti andavano rigorosamente determinando. Fra le sue fonti, però, oltre la pandettistica, sono anche gli autori francesi. Egli intuì in più che era possibile formulare i sommi principi di questo « diritto dell'amministrazione », però non fu ancora in grado di riunirli in una parte generale, onde, nella sua opera, noi li troviamo divisi fra un'introduzione e un capitolo finale.

Il « diritto dell'amministrazione » non costituiva pertanto un ramo del diritto: era solamente una disciplina, istituita a fini scientifico-pratici, la quale studiava quegli istituti del diritto pubblico che riflettevano l'amministrazione, tenendo conto anche degli altri istituti, di egual materia, contenuti nel diritto privato.

Tutti questi istituti, non essendo collegati da elementi sistematici di natura giuridica, erano però collegati dall'unità della materia, che era appunto la materia amministrativa. Questo sembrò a un certo punto un elemento sufficiente per un'elaborazione scientifica, e sorse così la scienza dell'amministrazione ⁽⁷⁵⁾: essa era, almeno nei suoi primi autori, una « disciplina variopinta », un misto di politica, economia, diritto, sociologia. Esce dai limiti

(74) F. F. MAYER, *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und Rechtsverfahrens*, Tübingen, 1857; *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, Tübingen, 1862. Più volte ricordato, non sempre bene, è il libro del ROESLER, *Lehrbuch des Verwaltung-Rechts*, Erlangen, 1872-73.

(75) Essa si ritiene concordemente fondata dal VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1866-68, 7 voll., con succ. ed. Si ritiene anche che essa ha tratto i suoi precedenti dalla scienza camerale e della polizia; a me pare che un'altra fonte sia costituita dalla scienza francese del diritto amministrativo.

che mi sono posti occuparmi di tale disciplina, anche sotto l'aspetto, tanto discusso, dei rapporti tra essa e il diritto amministrativo; essa ebbe tutta una storia, tanto che a un dato momento parve dovesse assidersi ai primi ranghi tra le discipline che studiavano i fatti della vita associata. Comunque essa ebbe un'influenza grandissima sui giuspubblicisti, richiamando la loro attenzione sul tema dell'amministrazione, e quando più tardi sarà sorto infine un diritto amministrativo come distinto ramo del diritto, essa fu usata come argomento polemico sia da coloro che negavano sia da coloro che difendevano l'esistenza o l'autonomia del diritto amministrativo o della scienza relativa.

Si è già visto nella prima parte di questo scritto come nei paesi germanici il diritto pubblico assorbì a un certo punto la maggior parte degli istituti dell'amministrazione, senza che peraltro si costituisse ancora un diritto amministrativo. Fu perciò il diritto pubblico interno, o diritto dello Stato (*Staatsrecht*), che per primo doveva dar luogo a una propria scienza definita: la *Staatsrechtswissenschaft* fu cominciata a porre su nuove basi dai noti lavori del Rönne e del Gerber, ma spiccò il volo dopo che nel 1871 si fondò l'Impero: in meno di dieci anni apparvero le opere fondamentali del Rönne, von Thudicum, Zorn, Schulze, G. Meyer, e del Laband.

Perché sorgesse una scienza del diritto amministrativo occorreva che il diritto amministrativo stesso si formasse come ramo del diritto nell'ordinamento dell'Impero e dei vari Stati membri, ciò che non avvenne certo di colpo. E anche qui, come in Francia, e come ora in U. S. A., il campo da cui mosse la ricerca scientifica fu quello della giustizia amministrativa. Ma, altro caso che conferma il valore dei tradizionalismi nelle discipline morali, la scienza del diritto amministrativo, anche dopo sorto un diritto amministrativo, durò molta fatica a emanciparsi da quella dello *Staatsrecht*.

I vari momenti di formazione del diritto amministrativo e della scienza relativa non possono, naturalmente, essere fissati in modo certo: prendendo in considerazione la sola scienza, si vede che in un primo momento essa fu considerata come un mero conglomerato di norme di diritto dello Stato, civile, processuale e penale, istituito per esigenze pratiche (Laband); più tardi, e fu

la tendenza dominante, fu considerata come un ramo secondario del diritto dello Stato, così, ad esempio, come sarebbe il diritto tributario di fronte al diritto finanziario, o il diritto dell'ordinamento giudiziario nel diritto processuale; anzi secondo taluni avrebbe avuto importanza ancor minore, di mera diramazione fatta come per il precedente « diritto dell'amministrazione », a scopi scientifici e pratici, non corrispondente neppure a un ramo minore del diritto, a se stante. Anche in seguito, quando la scienza del diritto amministrativo ebbe un relativo sviluppo, non fu mai chiara la relazione tra essa e la scienza dello Staatsrecht, anche se la tendenza fu verso una sempre maggiore ripartizione di competenze ⁽⁷⁶⁾.

(76) Quanto riflette la discriminazione del diritto amministrativo dal diritto costituzionale, e, per la Germania, dallo Staatsrecht, rientra in un'altra questione estranea al tema qui trattato, che è quella della posizione sistematica dei rami del diritto. Ad ogni modo la questione particolare dei rapporti Staatsrecht-Verwaltungsrecht è molto più complessa di quanto sia apparsa agli scrittori italiani. Non essendo oggetto del mio esame, mi limito a rilevare che, se non avversione, certo vi fu una continua rivendicazione di campi da parte degli scrittori di Staatsrecht verso quelli di diritto amministrativo (noti sono p. e. i casi dell'organizzazione amministrativa, del Beamtenrecht, del diritto militare), e chi apra il LABAND, che pure fu scrittore il quale seguiva con grande accuratezza gli sviluppi della scienza e non professava disdegno per i maestri del diritto amministrativo, fino all'ultima edizione (1911), troverà che il 3° e 4° volume e buona parte del 2° del suo *Staatsrecht des deutschen Reiches* contengono materia di diritto amministrativo.

Ora fino a un certo periodo, l'avversione al diritto amministrativo fu effettivamente fondata, perché, come si dice nel testo, nell'ordinamento positivo non esisteva un diritto amministrativo come ramo del diritto; esisteva solo un diritto pubblico generale, in cui le norme di diritto dell'amministrazione erano una parte minore, non organica. Riprendendo, a titolo occasionale, una celebre figurazione del Romano, mentre attualmente il diritto costituzionale può concepirsi come un tronco, da cui si dipartono i vari rami, uno dei quali è il diritto amministrativo, in questo primo periodo il ramo del diritto amministrativo non v'era ma v'erano tanti rametti minori, aderenti senz'altro al tronco, il quale, con diversa dimensione (da quello attuale) costituiva il diritto dello Stato. In seguito invece la concezione dello Staatsrecht come diritto predominante divenne veramente una tendenza dottrinale, che a un certo punto sembrò dovesse divenire una tradizione scientifica nazionale.

Ciò produsse, negli studiosi del diritto amministrativo, una notevole incertezza sulle funzioni e sull'ambito della scienza che essi studiavano, incertezza che si può trovare riflessa p. e. nella determinazione della nozione di scienza del di-

Qualunque sia stato il più profondo valore del suo processo genetico, sta di fatto che dal 1870, trascorso poco più di un decennio, che si potrebbe dire d'incubazione, e che fu contraddistinto da numerose opere monografiche — basti ricordare i volumi del Gneist sul diritto amministrativo inglese — il diritto amministrativo si staccò dallo Staatsrecht: nel 1883 appariva il manuale di G. Meyer, nel 1884 quello del Löning, nel 1887 quello del Sarwey⁽⁷⁷⁾. Opere molto diverse fra loro, ma egualmente pre-

ritto amministrativo (v. nota 36), o nella questione dei criteri tecnici di partizione di essa (v. SPIEGEL, *op. cit.*, p. 52 ss.), o in quella del c.d. metodo; incertezza che per un altro lato portò anche un certo vantaggio, perché favorì le opere di sintesi di tutto il diritto pubblico (di cui v. anche oltre nel testo e nelle note), e incoraggiò delle correnti di studi che facevano capo a loro stesse, su argomenti singoli del diritto pubblico interno, che poi risultarono appartenere al diritto amministrativo (basti ricordare lo Steuerrecht).

L'opera, più volte ricordata, dello SPIEGEL (*Die Verwaltungsrechtswissenschaft*), ebbe lo scopo precipuo di mostrare l'autonomia, e il carattere strettamente scientifico della scienza del diritto amministrativo di fronte a quella dello Staatsrecht (v. sp. p. 40 ss.) e quindi anche di illustrare la sistematica dei rami del diritto, per quanto riguarda il diritto amministrativo.

Si può infine ricordare che, negli ultimi tempi, lo Staatsrecht si è andato sempre più riducendo al solo diritto costituzionale, tanto che talora si è preferito direttamente questo termine.

Anche in Francia ci fu da principio nella scienza una tendenza ostile al termine e al concetto (ma forse più al termine) di diritto amministrativo. Il BOUCHENÉ LEFER, *Droit public et administratif français*, Avertissement, VI, esprimeva le ragioni per cui doveva parlarsi piuttosto di un « diritto pubblico e amministrativo » (ma v. contra già il MACRÌ, *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878, p. 22 ss.). Si vedano, per lo svolgersi di questo punto di vista, anche alcune prefazioni dello HAURIOU, alle varie edizioni del « *Précis de droit administratif et de droit public* ». Invece in Italia la discussione fu molto più pacata, e aderente alla realtà (v. CODACCI PISANELLI A., *Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale e che sia la scienza dell'amministrazione*, Prelezione Pavia, Filangieri, 1877 (XII), I; ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando*, I, p. 59 ss.; PRESUTTI, *Istituzioni*, I, p. 50 ss. ntt.).

(77) G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1882; si veda peraltro come il M. avesse un particolare concetto del diritto amministrativo, in: *Essenza e compiti della scienza dell'amministrazione*, in *Biblioteca dell'economista, Manuale di economia politica* di SCHÖNBERG, serie III, vol. XV (1892), p. 28; LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1884; SARWEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg, i. B. 1887 (nel *Handbuch des öff. R. del Marquardsen*); *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880.

gevoli: il Meyer G. per primo costruiva una parte generale (fonti, soggetti [organi], atti, azioni [giustizia amministrativa, esecuzione amministrativa]), non molto lontana per struttura da quelle di oggi, tanto che da alcuni fu detto il primo vero scrittore moderno di diritto amministrativo. Gli altri due, specie sotto l'influsso del Laband, curarono di perfezionare l'applicazione dei concetti giuridici, onde poter giungere ai principi maggiori, e infatti essi riuscirono a porne in luce diversi. Il Löning, nei tre libri dell'opera, trattava dell'organizzazione, dell'attività amministrativa e della giustizia amministrativa. La parte più estesa era la seconda, mentre quella che è oggi la parte generale era contenuta in una Introduzione di sole 59 pagine su ottocento complessive dell'opera: egli mirò soprattutto a dare alla materia una forma sistematica molto precisa, e si deve riconoscere che certe sue impostazioni sono ancor oggi di grande interesse. Il Sarwey invece indagò sui problemi della giustizia amministrativa in due fondamentali opere monografiche, mentre nell'opera intitolata « Parte generale del diritto amministrativo » si soffermò sui concetti fondamentali di amministrazione, di esecuzione, di sfera giuridica dei singoli, preparando la pedana da cui G. Jellinek, O. Mayer e altri, dovevano procedere per elaborare alcune loro notissime monografie.

Altri minori si ebbero contemporaneamente a questi tre (Meyer, Stengel, Wolzendorff). Dopo questo periodo gli studi di diritto amministrativo si moltiplicarono in maniera prodigiosa: nei vari Stati vi fu tutto un fiorire di opere che talora ebbero interesse scientifico generale ⁽⁷⁸⁾.

D'altra parte però un'opera di sintesi, per riuscire veramente efficace doveva non solo sistemare tutto questo insieme di concetti giuridici che veniva elaborando la dottrina, non solo risalire dalla confusa legislazione ai principi generali e approntarli per i fini scientifici e pratici cui essi servono, ma dominare l'intima sostanza degli istituti con una coscienza più chiara, presu-

⁽⁷⁸⁾ P. e. ROSIN, *Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, Berlin, 1882, e le opere del SEYDEL sul diritto bavarese, dell'AFFOLTER su quello del Baden, dello ZORN su quello prussiano, del TEZNER su quello austriaco. Anche alcuni noti periodici germanici erano propri di singoli Stati membri del Reich. Si può ricordare l'importante opera dell'ULBRICH, *Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts*, Prag, 1884.

posta rispetto al pensiero giuridico, del loro valore concreto. In altre parole occorre una larga esperienza scientifico-concreta degli istituti giuridici amministrativi, e quindi occorre conoscere sia la loro intima rispondenza a curare i pubblici interessi o a contemperare questi con gl'interessi privati, sia i loro difetti, che in gran parte trovano una estrinsecazione nel grande campo delle liti amministrative, con le loro varie forme e coi loro relativi pregi e difetti. L'ordinamento francese, come si è visto, per un'ormai lunga evoluzione degli istituti amministrativi, via via affinata dall'apporto della dottrina, dall'intelligenza del legislatore e soprattutto dalla pratica giurisprudenziale, offriva un terreno d'indagine di primo ordine. E fu Otto Mayer, che applicando l'elaborata dogmatica germanica a questo terreno compì un'opera di portata tale che da essa gli autori germanici datano un nuovo periodo per la loro scienza del diritto amministrativo ⁽⁷⁹⁾.

Il Mayer si svincolò quasi completamente dalla partizione precedentemente in uso: p. e. non si soffermò affatto sull'attività amministrativa in generale, suddividendola in parti secondo criteri meramente contenutistici; né assegnò quel così vasto rilievo al contenzioso amministrativo, che è effettivamente parte minima, nel complesso della vita delle pubbliche amministrazioni. Egli raggruppava la materia intorno ad alcuni concetti generali, sulla base del diritto positivo cercava di individuarne i principi relativi, e poi svolgeva le applicazioni di questi: p. e. individuato il principio della signoria della legge (legalità dell'azione amministrativa), e rilevato il particolare contenuto nelle amministrazioni di tipo moderno, egli ne svolgeva le conseguenze rispetto alle fonti, agli atti amministrativi, ai diritti pubblici, ecc. Ma pur sforzandosi di dare ai principi generali e particolari un contenuto il più possibile amministrativistico, nella elaborazione dei dati minori non esitava a ricorrere a concetti che sembravano esclusivi del diritto privato: così nei diritti reali pubblici applicava in blocco i concetti di proprietà, di uso, di servitù, ecc.

⁽⁷⁹⁾ La letteratura su O. Mayer e la sua opera è notevole: v. per tutti KAUFMANN, in *VA.*, 1925 (30^o), p. 477. Le opere maggiori di O. Mayer sono la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, già ricordata, e il *Deutsches Verwaltungsrecht*, anche ricordato, la cui 1^a ed. è del 1886, la 2^a del 1914-17, la 3^a del 1924.

Le opere di O. Mayer segnarono, se non l'inizio, il preludio al grande periodo della scienza germanica del diritto amministrativo. Basti qui ricordare i nomi dei maggiori: i tedeschi G. Jellinek, Bernatzik, Kormann, Laun, W. Jellinek; gli austriaci Ulbrich, Herrnritt, Merkl; gli svizzeri Fleiner e Burckhardt.

Ma prima di mostrare i presupposti ideologici, e il valore costruttivo dei criteri e dei metodi della scienza germanica classica del diritto amministrativo, volgiamo lo sguardo alla corrispondente scienza italiana, il cui svolgimento è contemporaneo e in certo senso parallelo a quello della scienza germanica, e che si trova oggi in una posizione, per certi lati più avanzata, ma per certi altri non molto dissimile da quella in cui è la scienza di lingua germanica.

10. L'evoluzione della scienza italiana del diritto amministrativo fu bene illustrata da uno dei nostri maggiori autori, onde non mi giova ripeterla ⁽⁸⁰⁾. Prima dell'unificazione, essa non si ebbe naturalmente che negli Stati in cui fu possibile un diritto amministrativo; negli altri vi furono scrittori che si occuparono di cose amministrative, talora anche bene, come in Toscana; ma si trattava di descrizioni dei non grandi organismi amministrativi esistenti, ovvero di studi de jure condendo. Solo nel Napoletano e nel Regno Sardo sorse quindi una scienza del diritto amministrativo; più scarsa nel secondo (Lione, Boccardo) ⁽⁸¹⁾, florida nel primo, ove nel 1840 era rappresentata dalla robusta opera del

⁽⁸⁰⁾ BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, Studi Senesi, 1914 (30°); da ultimo v. anche BOZZI, *Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto amministrativo negli ultimi cento anni*, estr. da *Un secolo di progresso scientifico italiano, 1839-1939*, edito dalla SIPS, Roma, XVII E. F. Buoni spunti storici si trovano anche nelle opere dello scorso secolo del DE GIOANNIS GIANQUINTO, MANNA TELESIO e RAVA, citt.; v. anche CESARINI SFORZA, *Gli studi di diritto pubblico in Italia negli ultimi anni*, Crit. fascista, 1938, p. 609.

⁽⁸¹⁾ Nel Piemonte aggregato alla Francia, l'Università di Torino fu designata come una delle sedi in cui impartire i nuovi insegnamenti, cui fu chiamato il CRIDIS. Si veda BRONDI, *Gli inizi dell'insegnamento del diritto amministrativo in Piemonte* (in *Studi in onore di G. Peperè*, Napoli, 1901, ora in *Scritti minori*, Torino, 1934, p. 51 ss.), il quale ne ha ritrovato un breve trattato autografo. Il Brondi ipotizza anche che il Macarel sia stato scolaro del Cridis: la coincidenza di date è certo sicura.

Giovanni Manna, la quale per alcuni concetti anticipava anche sulla dottrina francese, e la superò se non altro nella chiarezza della costruzione e nella precisione concettuale terminologica e d'informazione. Essa si fondava sulla distinzione tra concentrazione delle forze sociali e diffusione delle forze sociali già accentrate, cui corrispondevano l'organizzazione e azione di quella che egli diceva amministrazione di Stato ordinaria, e l'organizzazione e azione di quella che egli diceva amministrazione civile ordinaria: alcuni autori hanno creduto di individuare in questi concetti quelli posteriori di amministrazione giuridica e di amministrazione sociale, che sono invece diversi e più tenui ⁽⁸²⁾.

L'Italia unificata vide sorgere una grande schiera di studiosi della scienza amministrativa; dalle opere del Garelli, del Boccardo, dello Scolari, del Persico, del Macri, del Mantellini ⁽⁸³⁾,

⁽⁸²⁾ MANNA, *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, in tre volumi; il primo contiene le *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo* (1840, tip. all'insegna di Dante); il secondo il *Saggio storico sull'amministrazione del Regno delle Due Sicilie* (1842, Tip. di Porcelli); il terzo, rimasto incompleto, contiene la *Sposizione delle leggi positive*: essendo stato venduto in fogli, esso è oggi rarissimo. Il primo volume fu ristampato nel 1860, e poi di nuovo nel 1876-78, a cura del TELESIO, che lo annotò e scisse in due, col titolo *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene.

Il Nobile, editore della seconda edizione delle *Partizioni teoretiche* (1860), avvertiva nella prefazione di ripubblicare il « primo dei tre volumi componenti il Corso di diritto amministrativo pubblicati negli anni 1839-1842 ». Effettivamente pare che egli alluda a opera diversa per la data e per il titolo. Tuttavia già il BORSI, avvertiva (*op. cit.*, p. 14 estr.) di non averla trovata, e neanche a me risulta esistente, benché abbia condotto ricerche proprie in loco. Per cui devo ritenere che si tratti di un'erronea citazione dell'editore; ciò che è convalidato anche dal fatto che l'edizione del '60 è indicata sul frontespizio come seconda, e che la prima è sicuramente del 1840, onde non può esservene stata una del 1839; e inoltre dal fatto che la dedica dell'A. a G. D'Andrea, che precede l'edizione del 1840 delle « Partizioni teoretiche » presenta l'opera come cosa assolutamente nuova.

⁽⁸³⁾ GARELLI, *Il diritto amministrativo italiano*, Torino, ¹ 1860, ⁴ 1872, ⁷ 1885; SCOLARI, *Diritto amministrativo*, Pisa, 1866; BOCCARDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1863; più originali sono il PERSICO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1866-74, voll. 2; il MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-82; il MACRI, *Corso di diritto amministrativo*, cit. Sui primi autori ebbero un certo influsso anche le opere del CARMIGNANI, che trattò largamente del c.d. magistero preventivo nelle sue opere penalistiche.

a quelle del De Gioannis Gianquinto e del Meucci si ebbe un continuo perfezionamento. Si ama spesso insistere sul forte influsso esercitato dai francesi su queste prime opere; a me pare che esso si è avuto più che altro nel campo della giustizia amministrativa, e quindi specie intorno al 1877: in questo campo effettivamente la dottrina francese poteva insegnare molto. Ma per quanto riguarda le dottrine generali i nostri autori conquistarono d'un colpo solo la posizione che la scienza francese aveva raggiunto in mezzo secolo. Nel 1864, cioè tre anni dopo il Batbie, ma, pare, indipendentemente da questi e con maggior penetrazione, il sardo De Gioannis Gianquinto, in una prolusione a Pavia ⁽⁸⁴⁾, enunciava l'idea che, se volevasi trattare sistematicamente il diritto amministrativo, era necessario ricorrere al disegno del diritto romano: *personae, res, actiones*, tenendo conto insieme dei caratteri propri del diritto amministrativo: p. e. la persona nel diritto privato potrebbe considerarsi un « fine », ma in quello amministrativo era certo solo un « mezzo » della azione amministrativa, la quale invece costituirebbe il vero fine. Nello svolgimento delle varie parti, i diversi autori seppero d'altronde elaborare con maggior acume i singoli istituti, senza soffermarsi su quei principi, generici e nullamente giuridici, che attrassero le simpatie di taluni autori francesi, e senza d'altro lato tenersi a procedimenti troppo esegetici ⁽⁸⁵⁾. La questione del criterio di studio, ossia di quello che allora, come oggi, si diceva metodo, era fortemente sentita dai nostri migliori giuspubblicisti, probabilmente perché all'incirca nel loro tempo, essi avevano avuto in Rosmini e Mamiani due pensatori che avevano fortemente

(84) Senza dubbio il DE GIOANNIS GIANQUINTO è uno dei maggiori fra i nostri autori di quel periodo, in nulla inferiore agli autori francesi contemporanei. Oltre al *Corso*, più volte citato, la Prolusione al corso di diritto amministrativo, nell'Università di Pavia, è anche un'opera di carattere generale, poiché egli ne sviluppò le affermazioni in un corpo di note di oltre 300 pagine, che pubblicò insieme ad essa, col titolo « *Nuovo Diritto amministrativo d'Italia, informato al carattere nazionale e necessità di emanciparne la posizione teorica dalle influenze prevalenti de' metodi stranieri* », Pavia, 1864. Si veda a p. 62 e 380 di quest'ultima opera, e a p. 100 ss., sp. 103, del *Corso*, la fortissima critica agli autori francesi.

(85) Lo stesso DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Nuovo diritto amministrativo*, p. 67, e spesso in seguito, insistette nel mettere in guardia dallo sviluppare eccessivamente gli elementi che egli diceva filosofico, storico ed esegetico.

agitato il problema dinanzi alle loro menti; ed essi avevano potuto riceverlo, perché la scienza del diritto non era ancora isolata dalle altre scienze giuridiche, com'è oggi.

L'aspetto giuridico della materia amministrativa riuscì, in conclusione, delincato in modo relativamente rigoroso, come non si ebbe in Francia almeno sino al secondo Laferrière e in Germania fino a F. F. Mayer ⁽⁸⁶⁾, e ciò con tutto che i nostri autori

(86) Il DE GIOANNIS GIANQUINTO dedicava tutta l'opera *Nuovo diritto amministrativo*, a mostrare la necessità di imprimere carattere nazionale alle « istituzioni amministrative e al diritto che le governa ». Fu lui a impostare la questione metodologica per « affrancare » la ragione amministrativa « dalla tirannide dei metodi stranieri », che trovava erronei (ivi, 52, nt. 75, p. 355): mentre i francesi non avevano chiari i limiti tra diritto amministrativo, diritto costituzionale, economia politica e scienza dell'amministrazione (p. 54), egli, dopo aver esposto il proprio programma, illustrando le materie e i raggruppamenti che facevano capo ai tre concetti *personae-res-actiones*, ne spiegava con grande concisione il meccanismo: « Questo è il quadro sinottico descrittivo della divisione delle materie tutte del diritto amministrativo. Siffatta divisione è modellata sulle regole capitali della metodologia dell'*ordine distributivo*. Essa infatti partisce la materia prima nei suoi membri generali: appresso suddivide ciascun membro ne' suoi subalterni, e questi ancora fino ad arrivare ad una moderata semplicità, senza eccesso di analisi, collocando ciascuno sotto il proprio genere. Essa inoltre osserva la legge delle *affinità logiche*, ne' passaggi e ne' procedimenti da uno ad altro membro, sia nel passaggio da uno ad altro membro nella primitiva divisione, sia in quello delle specie e sotto-specie parziali nelle divisioni subalterne. Il passaggio da uno ad altro dei tre primi membri — Azione del potere esecutivo — Servizio degl'interessi generali nella società — Azione ne' rapporti con gl'interessi e co' diritti degli interessati —, è legato in virtù dell'affinità logica da un *principio attivo*, il suo *obbietto* o *materia*, e la *forma* di agire. Il passaggio poi nella suddivisione del primo membro — amministrazione generale o locale — organismo, azione, competenza — azione sussidiata dal consiglio nella duplice sfera del *consultivo* o *deliberativo* —, è determinato dalla logica affinità che unisce la azione di un principio nella sua *costituzione organica*, nelle sue *forze* o *virtù efficienti*, e nella sua *estensione estrinseca* o nello *spazio*. Il nesso, che collega le parti molteplici, nelle quali abbiamo ripartito il secondo membro generale — pubblici sostentamenti — industria agricola, manifattrice, commerciale, estrattiva — istruzione, educazione — sicurezza interna, esterna, nelle persone, nei beni — demanio, imposte, privativa, debito pubblico, ecc. —, deriva essenzialmente dalla condizione ontologica ch'esiste fra la *relazione* ed il *termine di essa*, fra il *bisogno* ed il *soddisfacimento*, fra il *fine* ed il *mezzo*. Infine la continuità di procedimento fra le parti della suddivisione dell'ultimo membro è determinata dalla *ragion specifica*, che assume il *principio agente* dalla diversa *natura* della *causa* determinatrice dell'azione, subordinata alle regole, che le imprimono la *forma*, ne fis-

fossero in una infelice posizione di partenza; in primo luogo infatti, più che dei sistematici, dovettero essere dei politici: era necessario infatti dare all'Italia unita degli istituti consoni al suo spirito e alle sue tradizioni: troppo spesso si erano copiate leggi alla Francia, al Belgio, alla Germania. E se pure talora questi nostri antichi non riuscirono in tale compito non io sento l'animo di troppo incolparli, poi che ancor oggi ignoriamo il passato dei nostri istituti amministrativi più celebrati ⁽⁸⁷⁾. In secondo luogo la nostra scienza giuridica, per complesse ragioni, era quasi una ombra, mentre altrove era da gran tempo in nuovo fervore; infine le nostre organizzazioni amministrative erano troppo nuove per avere regolarità di funzionamento, troppo giovani per essere esperte, onde mancava quel materiale di prassi che aveva permesso ad altri tante notevoli indagini scientifiche.

Comunque, anche se vediamo alcuni autori, specie i primi cronologicamente (prescindendo da coloro che scrissero di giustizia amministrativa), riprendere gli schemi e le partizioni degli

sano i limiti, ne prevengono o riparano alle collisioni con altri principi agenti. E tale infatti è l'affinità logica fra la *pura azione*, la *giurisdizione graziosa e contentziosa*, fra la *competenza*, la *procedura* e i *conflitti*. Infine noi facemmo un'esatta applicazione della Metodologia alla nostra trattazione in rapporto alla forma logica, ossia all'ordine dimostrativo del metodo *spositivo* ... » (p. 365 ss.; i corsivi sono dell'A.).

In fondo dobbiamo riconoscere che questa metodologia aveva almeno un fondamento filosofico. Oggi, per lo iato fra diritto e filosofia che si produsse, e in parte ancora perdura, si fa un gran discutere di metodo, senza sapere spesso quel che si vuol intendere con tal concetto.

Comunque, per quanto qui interessa, questo è un semplice saggio di quanto fosse forte l'ossatura della prima scienza del diritto amministrativo italiana, nei confronti di quella francese, la quale tanto in alto estimavano altri più vicini nostri maggiori.

⁽⁸⁷⁾ Lo stesso DE GIOANNIS GIANQUINTO, in una bella prolusione pisana del 1876 « *La missione civile e riformatrice della scienza del diritto pubblico amministrativo* » (Lucca), incitava a studiare « la ragion amministrativa », non per perfezionare tale scienza, ma soprattutto per migliorare l'organizzazione delle attività statali, ai fini dell'equità, e del benessere del Paese. Tuttavia questo autore fu rimproverato di non aver saputo realizzare il suo programma, neppure sotto il riguardo della indipendenza scientifica, per aver sempre dimenticato le nostre tradizioni di amministrazione, e per aver quasi sempre predicato un'*instauratio ab imis*: si veda il pregevole discorso dello SCALVANTI, *Legislazione e scienza amministrativa in Italia*, Perugia, 1894 (discorso inaug.).

autori francesi, alla fine le loro opere riescono molto più profonde dal punto di vista dogmatico: basti qui ricordare l'opera del Persico, che riecheggiava in sostanza il Macarel, ma che nella trattazione dei mezzi dell'azione amministrativa distingueva già proprietà pubblica, tutela pubblica, amministrazione sociale (vol. II), raggruppando nel secondo concetto i servizi statali diretti a conservare e difendere l'ordine e l'esistenza dello Stato o delle sue parti; nozione che neppur oggi è chiara nella dottrina francese. Si chiudeva questo periodo con due pregevoli opere: il *Corso di diritto amministrativo* del Macri, che era una compiuta parte generale (già del 1878) seppure tuttora astratta e costruita con nozioni oggi dissuete, e le *Instituzioni di diritto amministrativo* del Meucci⁽⁸⁸⁾, in cui le singole teorie della scienza del diritto amministrativo erano già delineate e sviluppate, come certo in letterature straniere di quell'epoca ancor non lo erano⁽⁸⁹⁾; così quelle dell'atto amministrativo, delle forme del diritto amministrativo, del rapporto di pubblico impiego e della proprietà pubblica. Ma quest'opera, che oggi a noi appare disorganica, come tutte quelle di questo periodo, rivelava che la nostra scienza era giunta a un punto morto, perché con i criteri che essa usava non si poteva realmente andare più oltre di dove essa era giunta, per cui era necessario un colpo di spugna, che ne permettesse un rinnovamento dal profondo, cioè dal nudo e grezzo materiale delle leggi.

Di questo rinnovamento fu artefice l'Orlando; dal 1885 al 1889, in diverse riprese, e poi anche in seguito, egli indicò nuovi criteri, che venne applicando nelle varie sue opere⁽⁹⁰⁾. Egli pose

⁽⁸⁸⁾ MACRI, *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878; MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, ¹ 1879, ² 1892, ³ 1905.

⁽⁸⁹⁾ Lo stesso MEUCCI avvertiva ciò, dicendo che se le opere della scienza italiana «nell'abbondanza e nella classificazione della parte legislativa non adeguano le ordinate e laboriose compilazioni francesi, le vincono però nella parte critica e nella scientifica» (*Instituzioni*³, p. 17).

⁽⁹⁰⁾ I nuovi criteri ebbero le prime affermazioni nelle prolusioni, non pubblicate, di Modena (1885) e di Messina (1886), che ebbero per titolo rispettivamente: *Ordine giuridico e ordine politico*, e *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*. Seguirono poi gli *Studi giuridici sul Governo parlamentare*, AG., 1886 (36°), § 2, p. 527 ss., e *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, AG., 1889 (41°), ristampato nel 1925, nelle *Pubblicazioni della fac. di giurispr. della R. Univers. di Modena*. Si vedano poi la In-

fermo il fondamento che, al modo stesso del diritto privato, il diritto pubblico dovesse concepirsi come un « sistema di principi giuridici sistematicamente coordinati »; in quanto « principi giuridici », dovesse trattarsi di principi differenti e distinti dai principi politici e dai principi filosofici. Restava a vedere come potessero essi essere raggiunti e come dovessero usarsi: la questione non era una questione di metodologia pura, trascendente in certo modo la scienza del diritto, ma una questione, egli diceva, di tecnica giuridica: occorre usare criteri tecnici sottili e maneggevoli. Ma quali, come individuarli, come impiegarli, come giudicarne l'esattezza? Egli indicò molto semplicemente quei criteri che la scienza del diritto romano si era costruiti in due millenni.

Oggi che le discussioni sul metodo sono divenute tanto profonde e involute, più d'uno potrebbe rilevare che quel programma non era un piano di ricostruzione, né un enunciato di principi ricostruttivi; era una semplice indicazione del cammino, e, come tale, molte questioni passava sotto silenzio, altre trattava o impostava in termini approssimativi. Ma quel che essa non ebbe in precisione, guadagnò, si direbbe, nel senso del volume: evitando di teorizzare — cosa possibile in tanti modi — sui criteri tecnici, egli preferì indicarli, e ognuno ne usò direttamente e usò quelli che credette facendosi guidare dal proprio senso giuridico, senza impostare preve questioni sul carattere dell'uno o dell'altro criterio o del metodo in generale. Ciò fu un gran bene, e lo stesso autore giustamente se ne compiacque e riconobbe l'accortezza e il senso concreto di coloro che lo seguirono ⁽⁸¹⁾.

troduzione al diritto amministrativo, in *Trattato Orlando*, I, già ricordata, p. 86 ss.; i *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, ⁶ 1925, Introd. e §§ 34-42, p. 40 ss.; i *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, ⁸ 1908, p. 11 ss. Altri successivi lavori riguardano meno l'argomento di cui qui si parla; v. tuttavia la *Prefazione* alla traduz. it. del *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* di G. Jellinek (1912).

Alcuni degli scritti ora citati, sono stati di recente ristampati nel volume *Diritto pubblico generale, Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, 1940.

Le idee enunciate dall'Orlando suscitarono espliciti consensi e adesioni: si veda, fra tutti, lo scritto dello SCALVANTI, *Indirizzo del diritto amministrativo italiano*, R. d. p. (Bologna), 1892 (2^o), p. 595 ss.

⁽⁸¹⁾ V. la efficace « *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* », pubblicata a seguito della ristampa dei *Criteri tecnici*, detta nella nota precedente, sp. a

La nostra scienza del diritto amministrativo cominciò dunque a battere le sue vie con grande ardimento. E verso la fine del secolo essa ebbe il coraggio di mettere in cantiere un'opera di proporzioni maestose, ancor oggi inimitata: il *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto dall'Orlando, che cominciò a uscire nel 1897. Alcune delle opere ivi contenute richiesero ai loro autori anni di fatiche, ma con esse si posero delle pietre fondamentali non solo per la scienza del diritto italiano, ma per quella di ogni paese.

Il trattato consta, com'è noto, di una raccolta di monografie. Del resto il quindicennio 1885-1900 fu caratterizzato appunto da una grandissima produzione monografica. In essa restano tuttora importanti, anche oggi, le opere del Ranelletti sulle concessioni e autorizzazioni e sulle espropriazioni, del Cammeo sulle fonti, del Ranelletti e del Cammeo sul demanio, del Brondi sull'atto complesso, del Longo e del Brondi sulla gestione di negozi, del Codacci Pisanelli e del Romano sui regolamenti, del Longo e del Romano sui diritti pubblici soggettivi, del Romano sul potere disciplinare, del Pacinotti sul pubblico impiego, ecc. ecc. Particolarmente ampia fu la produzione nel campo della giustizia amministrativa, in cui si giunse alla determinazione del concetto di interesse protetto, specie ad opera del Ranelletti. Ma non è nei miei compiti fare la cronologia della scienza italiana del diritto amministrativo.

Il secolo nuovo prosegue in sostanza nella via aperta, e mentre seguitano numerosissime le monografie — mi limito a ricordare quelle del Forti sulle concessioni e sui controlli; del Raggi, del Vitta, del Borsi, del Trentin e del de Valles sugli atti amministrativi; del Donati sugli atti complessi; del Romano, del Borsi e del Raggi sul Comune; del Romano sui conflitti e sulle giurisdizioni speciali; del Ranelletti sulla polizia; del Presutti, del Cammeo, del Vacchelli, dell'Orlando, del Salemi, del Salandra e del D'Alessio sulla giustizia amministrativa; del Brondi e del

p. 20. Da ultimo l'ORLANDO è tornato ancora sulla questione, cercando di definire con più precisione questo « metodo » (definizione che però mi lascia dubbioso) in *Ancora del metodo giuridico con particolare riguardo all'opera di S. Romano*, estr. dagli *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939, I, p. 1 ss.

Longo sulla beneficenza; dello Jemolo sull'amministrazione ecclesiastica; dello Zanobini sull'esercizio privato delle pubbliche funzioni — s'inizia anche l'opera di sintesi. Erano già apparsi i *Principi* dell'Orlando. Appaiono in questo periodo, che può farsi arrivare fino al 1922, le *Istituzioni* del Presutti, i lavori d'insieme del Brunialti, del Salandra e del Ferraris, ma soprattutto i *Principi* del Romano e del Ranalletti e il *Corso* del Cammeo.

II. Quando l'Orlando proponeva il suo programma metodologico, in Germania il diritto dello Stato era sorto da circa un decennio, il diritto amministrativo stava sorgendo con il G. Meyer, mentre solo dopo dieci anni sarebbe apparsa l'opera di O. Mayer. Onde se la Germania precedette di qualche tempo l'Italia nell'opera di dare veste scientifica al diritto costituzionale, o meglio al diritto dello Stato, l'esigenza di dare veste scientifica al diritto amministrativo si manifestò contemporaneamente nei due paesi.

Ora in Germania la scienza del diritto dello Stato si era rinnovata prendendo a modello la scienza elaborata dalla pandettistica; lo stesso avvenne per la scienza del diritto amministrativo: notano i giuristi germanici che il pregio del Gerber, del Rönne, del Laband, dello Zorn, del Mayer O., ecc., fu appunto quello di aver costruito per il diritto pubblico un sistema di concetti giuridici di contenuto sicuro e preciso, alla stregua del sistema di concetti della scienza del diritto privato, usando i paradigmi e i mezzi propri di quest'ultima. La scienza del diritto privato a sua volta era in fondo un aspetto della pandettistica.

Dalla Germania la tecnica e i criteri della pandettistica erano passati in Italia, portati dai romanisti dopo il Serafini. Quindi allorché l'Orlando consigliava di impadronirsi della tecnica elaborata dalla scienza del diritto romano, praticamente ciò significava riprendere la tecnica della pandettistica, ossia la tecnica di una scienza giuridica la quale studiava un diritto che era insieme un diritto storico e un diritto sotto più aspetti vigente, ma vigente per un solo ramo, il più ampio e maestoso, e cioè quello del diritto privato. Il fatto che si trattasse di un diritto privato ebbe enorme importanza, e fra poco lo vedremo.

Tuttavia in Italia, nel 1885, questa tecnica era ancora in assorbimento presso gli stessi romanisti e privatisti ⁽⁹²⁾. In Germania era ormai diffusa in tutte le scienze giuridiche; la scienza germanica del diritto amministrativo si trovò quindi in una posizione iniziale di gran lunga più favorevole nei confronti della corrispondente scienza italiana, onde al principio progredì con ritmo più celere, e alle sue opere noi ci volgemo, agli inizi, come a esempio, anzi talora come a modello.

Su questo punto verte però una delle più notevoli incomprendioni, sia da parte di coloro che criticano d'insufficienza la odierna scienza italiana del diritto amministrativo, sia da parte di alcuni stranieri, i quali naturalmente di tale accusa hanno fatto tesoro: si dice che la scienza italiana del diritto amministrativo ha ricalcato le orme della scienza germanica, più o meno pedissequamente. Chi tuttavia non si arresti a una prima impressione, ma indagli con maggior oggettività critica, si può accorgere che in realtà la scienza italiana e quella germanica hanno avuto un ceppo comune, che è appunto la pandettistica. E se inizialmente noi ci volgemo alla scienza germanica della medesima specie, ciò fu un portato necessario della situazione ora detta, che si era costituita. D'altronde gli autori tedeschi furono oggetto di studio, non d'imitazione, come si potrebbe mostrare, se un'esemplificazione mediante un'analisi di specie, di opere e di dottrine amministrativistiche, non ci portasse troppo lungi; e ben presto noi potemmo costruire la nostra scienza in completa autonomia di pensiero da ogni dottrina straniera, poiché ci trovammo in possesso di strumenti molto più perfetti. Se infatti la pandettistica germanica ci diede il gusto della sistematica e c'insegnò alcuni criteri più evoluti d'indagine (che tuttavia non costituivano ancora l'estremo raffinamento), d'altra parte è inutile voler negare ogni influsso alla scienza francese, come molti fanno: l'aderenza ai fattori non giuridici della vita associata e l'osservazione costante della pra-

⁽⁹²⁾ Vedi Rocco ALFR., *La scienza del diritto privato in Italia nell'ultimo cinquantennio*, già in *R. dr. comm.*, 1911, ora in *Studi di diritto commerciale e altri scritti giuridici*, Roma, 1933, II, p. 3 ss.; e da ultimo, FERRARA FR., *Un secolo di vita del diritto civile*, *R. dr. comm.*, 1939, I, p. 433, e in « *Un secolo di progresso scientifico italiano* », cit.

tica giurisprudenziale, che sono proprie oggi della scienza giuridica nostra, formano ancor oggi i caratteri salienti della scienza francese. Ma soprattutto noi riannodammo la nostra tradizione, che possedeva uno spiccato senso di misura e di equilibrio e una sensibile coscienza del valore reale del diritto positivo ⁽⁹³⁾.

Per poter giungere al problema critico che ha mosso queste pagine, si tratta di vedere ora con più precisione quale fu il rapporto tra la pandettistica e la scienza del diritto amministrativo. Si è detto che esso si sostanzia in un influsso della prima sulla seconda; a me pare che tale influsso si esprimesse in due termini, che sono la dogmatica e la tecnica, e la problematica. Li esaminerò ora partitamente.

Non è semplice anche la sola descrizione di quello che s'intende per tecnica e per dogmatica. La pandettistica aveva trovato, nel comune dominio dei giuristi, alcune nozioni da lungo tempo usate, come quelle di soggetto giuridico, di capacità, di rappresentanza, di diritto reale, di obbligazione, di prestazione, e così via. Sottoponendo a meticolosa analisi le fonti, essa le aveva rivedute, cercando di scomporle negli elementi costitutivi di rilievo giuridico, e poi di darne definizioni sempre più precise. In queste operazioni erano applicati in pieno i procedimenti della logica aristotelica, donde il nome di metodo logico giuridico, che alcuni diedero a questa tecnica. Risalendo, per astrazione, a raggruppamenti via via più generali, erano state individuate nelle fonti altre nozioni, p. e., fondamentali, quelle di diritto soggettivo, di

(93) Anche l'influsso delle opere straniere di diritto romano, civile e processuale, che era stato spesso non indifferente sulla nostra scienza, cessò quando esse poterono essere felicemente sostituite da opere di autori italiani, eccezion fatta per alcune, le quali per lungo tempo conservarono notevole importanza, come p. e. quelle del Gierke.

Inoltre l'assorbimento della scienza straniera fu facilitato, talora anche eccessivamente, dalle traduzioni di molte opere, contenute specie nella *Biblioteca degli economisti* del Boccardo, e nella *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* del Brunialti.

In seguito avvenne invece che opere italiane di altre scienze giuridiche ebbero per la scienza del diritto amministrativo importanza di centri di riferimento e di problematica, come p. e. soprattutto le *Note* al Windscheid, del Fadda e Bensa, e i *Commentari*, del Mortara.

negozio giuridico, con numerose nozioni minori connesse. Altre nozioni invece erano state trovate deduttivamente, e se ne cercavano riprove concrete nel diritto positivo, p. e. quelle di fatto giuridico, di situazione giuridica, ecc. Tutte queste nozioni, rigorosamente determinate, erano collegate fra loro da nessi logici e sistematici, di natura diversissima.

Avvenne dunque che questo corpo di nozioni, con tutti i nessi che le collegavano, venne trasportato dal diritto romano e privato alle nuove materie giuridiche. Peraltro l'edificazione di esse non fu dovuta tanto a tale trasporto, il quale, come tale, è un fatto di rilievo puramente storico che interessa in via principale l'origine delle discipline giuridiche pubblicistiche. Fu dovuta invece al trasporto di mezzi tecnici per la ricerca e per l'impiego di tutte quelle nozioni, che appunto la pandettistica aveva trovato e perfezionato in misura notevolissima (si avverta che qui si parla di mezzi tecnici, e quindi di tecnica di una scienza, che è la scienza giuridica, e non di quella tecnica giuridica che alcuni autori giustappongono alla scienza giuridica stessa). Applicando tali mezzi alle proprie fonti positive, le discipline del diritto pubblico determinarono altre nozioni, di egual carattere, loro proprie, o perfezionarono quelle che avevano trovato nelle scienze del diritto privato, e istituirono tra queste nozioni un insieme di nessi, alla stregua di quelli che si osservavano nelle scienze del diritto privato ⁽⁹⁴⁾.

Le scienze del diritto pubblico si formarono così una loro dogmatica: la scienza italiana del diritto amministrativo in particolare e anche quella germanica, ebbero l'accortezza di tenersi, in un primo momento permanentemente in contatto con altre scienze

⁽⁹⁴⁾ La recezione in Germania della dogmatica pandettistica nel diritto pubblico, in ispecie nello Staatsrecht, che si ebbe nella seconda metà del secolo scorso, fu in certo modo un fatto nuovo nella storia della scienza del diritto; seppure, sotto altri aspetti, esso ebbe risultati identici a quelli di altri diversi fatti che si erano avuti nei secoli precedenti. Anche nel sec. XVIII le teorie del diritto pubblico erano in gran parte appoggiate su quelle del diritto privato: ma in questo caso si trattava o di un relitto di situazioni dei secoli molto precedenti, allorché non esisteva che un diritto unico di stampo privatistico, oppure di un fatto proprio di singoli ordinamenti statali allora vigenti, cioè l'averne essi ancora struttura di diritto privato, nel loro diritto costituzionale.

giuridiche, e con scienze giuridiche di altri paesi. L'affermazione di alcuni scrittori tedeschi attuali, rincarata rispetto a una vecchia osservazione del Binding, del Hänel, e di altri, che questa scienza (insieme a quella del diritto costituzionale) non avrebbe mai saputo farsi una propria dogmatica, appoggiandosi sempre a quella del diritto privato, è certamente partigiana e infondata e si basa su un diverso fatto, di cui diremo poi (p. 250 ss.).

Si noti ancora che l'unità fondamentale della tecnica, non impedisce né ha mai impedito che in una scienza giuridica possano formarsi diversi indirizzi, e perfino diverse correnti contrastanti: basti ricordare in Germania, e in altra materia, le tre correnti contemporanee di Jhering, Windscheid, Gierke. Nella scienza del diritto amministrativo, forse per la sua giovane età, non si ebbero correnti, ma piuttosto tendenze, a contorni sfumati e indecisi, nel senso che, seppure separate, esse rimasero contigue, anzi per più aspetti si compenetrarono.

Nella scienza italiana se ne possono individuare diverse: una tendenza propugnata dal Vacchelli, che si autodefiniva psicologica, partiva dal fondamento che il diritto pubblico, come tale, è un diritto sociale: in ogni entità soggettiva che in esso interviene, essa vedeva perciò una parte o membro di associazioni politico-giuridiche, e in ogni processo di volontà dei loro atti giuridici, essa voleva veder applicate le leggi della psicologia sociale ⁽⁹⁵⁾. Questa tendenza, che aveva precedenti quasi simili in Germania, ove da ultimo è ricomparsa, si presterebbe a molte considerazioni; ma in fondo essa è rimasta sempre piuttosto evanescente, e nello stesso suo propugnatore pare siasi sempre più attenuata.

⁽⁹⁵⁾ VACCHELLI, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*, Milano, 1895. « Gli individui e le associazioni chiamate in diverso modo al compimento delle funzioni dello Stato, vi concorrono come membri, come organi dell'associazione politica, non come soggetti, né come persone dotate di diritti propri » (23). La vita delle amministrazioni si svolgerebbe secondo una serie di processi che sono insieme giuridici e psicologici: p. e. l'amministrazione autonoma sarebbe quella in cui un soggetto della volontà amministrativa, che si trova in certe condizioni, pone la sua volontà in modo diretto, cioè non accessoriamente o complementariamente a volontà altrui; il controllo amministrativo sarebbe una sorta di rimedio agli automatismi e ai riflessi condizionati della vita amministrativa, e così via.

La tendenza più comune era quella che, se il termine non fosse arrischiato, potrebbesi dire prevalentemente contenutistica: in essa si studiavano le materie amministrative secondo il loro intrinseco e naturale contenuto: quindi p. e. si riteneva necessario dare una dottrina giuridica della sanità pubblica, prescindendo dal fatto che in questa materia si trovano, accanto a prestazioni delle pubbliche amministrazioni, limitazioni alla proprietà privata, all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché prestazioni all'amministrazione. La tendenza fu rappresentata soprattutto dal Ranelletti e dal Presutti; essa fu quella che contribuì in maggior copia al progresso scientifico della nostra scienza, perché, applicandosi direttamente al diritto positivo, ridusse nei freni della costruzione giuridica certi gineprai di norme complessi e intricati. Si osservò che individuare e illustrare gli istituti giuridici della beneficenza, della polizia, dell'agricoltura, ecc., giovava più che dividere tali materie distribuendole in varie teorie ⁽⁹⁶⁾, e nessuno potrebbe in fondo affermare che questa tendenza sia fundamentalmente erronea.

Vi erano poi la tendenza che direbbesi pandettistica, propria del Cammeo e un po' del Pacinotti e di altri: essa trasportava direttamente nel diritto amministrativo tutta la dogmatica che avevano elaborato i pandettisti per il diritto romano e civile ⁽⁹⁷⁾; e infine la tendenza che potrebbesi dire dogmatica, del Romano, che ripartiva la materia amministrativa in teorie generali, in cui si raggruppavano istituti retti da comuni principi, poco importando in qual ramo dell'attività amministrativa questi principi praticamente si attuassero ⁽⁹⁸⁾.

Come si vede, fra queste varie tendenze vi erano differenze piuttosto notevoli; ma chi voglia spiegarne le più profonde ra-

⁽⁹⁶⁾ V. le recens. del RANELLETTI (in *R. i. s. g.*, 1902 (34^o), p. 100) e del PRESUTTI (in *Arch. del dr. pubbl.* (Roma), 1902 (1^o), sp. p. 314), ai *Principi* del Romano. L'indirizzo si espresse soprattutto nei *Principi* del Ranelletti e nelle *Istituzioni* del Presutti.

⁽⁹⁷⁾ CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 3 voll., lit. rist. 1927.

⁽⁹⁸⁾ ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, ² 1912, p. 33; v. poi anche BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1912-14, in *Bibl. sc. pol. Brunialti*, Ser. II, voll. IV e V.

gioni e apprezzare il valore di ciascuna di esse, deve risalire a quel massimo problema della scienza giuridica, che è il problema del metodo. Esso è fuori dell'argomento qui trattato, anzi preferisco non accennarvi neanche per connessione. Per un altro lato tali differenze sono in certo modo rischiarate da quel secondo termine che la scienza del diritto amministrativo trasse dalla pandettistica, e che devo ora considerare, la problematica.

12. Ciò che si può denominare problematica di una scienza giuridica, forse costituisce una parte del problema del metodo, forse invece costituisce una questione a se stante: ciò deriva dall'incertezza dell'ambito del problema del metodo. Qualunque sia la soluzione esatta, io parlerò qui della problematica in modo indipendente, prescindendo da ogni più profondo significato di essa, e basandomi sull'osservazione diretta dei processi d'indagine giuridica.

Chi consideri dunque i processi dell'indagine giuridica, senza molta difficoltà può osservare che i procedimenti i quali introducono allo studio giuridico e permettono a questo di progredire, non sono i procedimenti che di recente sono stati detti di rilevazione dei dati, e nemmeno quei procedimenti logici che portano alla determinazione o rideterminazione di nozioni giuridiche e alla definizione di esse, bensì procedimenti di diversa natura, i quali sono diretti alla impostazione critica di tutti quegli altri procedimenti detti prima, ossia i procedimenti che pongono e impostano i problemi giuridici ⁽⁹⁹⁾. Qui, come dicevo, non importa sapere come si giunga a questi procedimenti, a che e con che essi si connettano: ciò forma una grave questione, d'indole, a me pare, soprattutto logica, cui noi giuristi potremmo al massimo portare dati di materiale positivo.

⁽⁹⁹⁾ Con ciò non si vuol dire che la formulazione dei problemi costituisce il procedimento tecnico della scienza giuridica, e che l'individuazione dei concetti giuridici ne sia la meta. Quest'ultima è un semplice mezzo, a qualche cosa di più, che il CARNELUTTI p. e. (*Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 109 ss.) ritiene sia l'applicazione degli istituti giuridici alla pratica mediante la formazione delle regole; altri invece ritiene sia la pura costruzione del sistema, che determinerebbe al massimo grado il sapere scientifico in senso proprio, e così via.

Questi procedimenti precedono, seguono, si compenetrano, con i primi, e i singoli problemi variano di ampiezza e importanza: vi sono problemi di mera esegesi e problemi costruttivi, che sono senza confronto più importanti. Questi poi, anche per una stessa materia, possono assumere varia ampiezza: ad esempio si può porre il problema del sequestro convenzionale nel quadro dei negozi privati, del sequestro giudiziale nel processo cautelare o civile di esecuzione, o penale, oppure nel processo in genere, oppure nell'attività di polizia, o in tutta l'attività amministrativa; infine si possono porre i problemi generali del sequestro autoritativo, o del sequestro puramente e semplicemente, come istituto giuridico generale. Insomma vi sono alcuni problemi che possono porsi o limitatamente per alcune discipline giuridiche, o prevalentemente per una di esse, o per gruppi di discipline, oppure nella teoria generale del diritto.

Inoltre alcuni problemi derivano immediatamente dalle norme; altri invece si pongono solo dopo successivi gradi di astrazione. Così dai problemi della cambiale si è risaliti a quelli dei titoli di credito in genere, e a quello della circolazione giuridica; dai vizi del contratto ai vizi del negozio, agli elementi del negozio, all'atto giuridico, agli atti di secondo grado, e così via; di tale natura era, fino a prima del nuovo L. I del c. c., il problema della persona giuridica; ancora lo è quello del negozio d'accertamento, delegatorio, fiduciario, ecc.

Per ogni scienza giuridica esistono problemi esegutivi e problemi costruttivi, problemi che derivano immediatamente dalle norme, e problemi che derivano da gradi successivi di astrazione. Ma siccome ogni scienza giuridica muove, e deve muovere, dai dati del diritto positivo, questo costituisce la prima scaturigine di tutti i problemi. Per tale ragione soprattutto varia l'ampiezza dei problemi stessi; alcuni di essi in nessun modo infatti potrebbero porsi al di là di una determinata scienza, seppure potremmo osservare che anch'essi sono sempre condizionati dall'alto, dai sommi principi propri dei vari ordinamenti positivi: cosa che però qui, ai fini dell'argomentazione, non interessa. Come pure non interessa quanto riflette i problemi di teoria generale, essendo sufficiente constatare che alcuni problemi nascono e si pongono pre-

ciipualmente in una determinata scienza giuridica, e solo per successive astrazioni si portano in teoria generale.

Chiamando « problematica » l'ordine dei problemi relativi a una determinata materia (che a sua volta può essere un dato istituto, una parte o un'intera scienza, o anche più), per concludere questi cenni rapidissimi intorno all'argomento, che riconosco del tutto sproporzionati e inefficaci, è sicuramente da ritenere che le varie problematiche non sono, per loro natura, rigide, bensì variabili e flessibili, come e secondo quali principi sarebbe molto interessante da stabilire. Sicuramente però esse sono influenzate dal variare dei criteri politici che intervengono negli ordinamenti giuridici, e dagli indirizzi che assume, per una serie complessa di fattori, la corrente scientifica. Per cui si vedono certe problematiche occupare un intero periodo storico, e poi scomparire di colpo; e altre cristallizzarsi finché non si esauriscono gl'influssi di dati autori o di date scuole.

La scienza del diritto amministrativo, come dicevo dianzi, derivò in gran parte la propria problematica dalla pandettistica: ma mentre il trasporto della tecnica e della dogmatica di quest'ultima le arrecò un bene immensurabile, non si potrebbe dirlo stesso per il trasporto della problematica.

Si comprende che per mostrare praticamente come e dove ciò avvenne, sarebbe necessario scorrere quasi tutte le dottrine del diritto amministrativo; il che non è certo fattibile. In materie generali come queste vi è peraltro sempre il pericolo di caricare troppo le tinte, producendo idee sbagliate che a gran fatica possono essere mutate: mi riferisco ancora a quelle affermazioni, già ricordate, fatte in Italia e in Germania, secondo cui la scienza del diritto amministrativo sarebbe di stampo privatistico; affermazioni completamente inesatte per quanto riflettono la dogmatica e la tecnica, come si è visto; parzialmente vere solo per quanto riflette la problematica, nei limiti che ora si vedranno.

E anzitutto si deve subito precisare che, sotto il profilo della problematica, la scienza italiana si trova in una posizione notevolmente diversa da quella germanica, onde è necessario esaminarle separatamente.

In Germania la problematica della scienza amministrativa è costituita da tre gruppi, individuabili per grandi linee. Vi

è anzitutto una problematica derivata da quella dello Staatsrecht: è noto che l'angolo visuale degli autori di quest'ultima scienza era quello dell'autorità dello Stato, tanto che essi avevano sottoposto a fortissima critica la concezione dei diritti primari dell'individuo, che pure era un portato immediato dello Stato liberale⁽¹⁰⁰⁾. Questo angolo visuale passò anche nella scienza del diritto amministrativo, inavvertito dagli stessi autori per lungo tempo, e solo più tardi riscontrato da altri, specie nel giurista in cui esso era più evidente, Ottone Mayer: e allora se ne additeranno le conseguenze nella mancata elaborazione di alcuni punti del diritto amministrativo. Ma è altresì riconosciuto che la problematica e la stessa dogmatica della scienza del diritto statale, avendo a che fare con alcuni problemi di ordine immediato di rilevantissimo valore, lasciò in ombra una quantità di altri problemi, che solo attualmente la scienza italiana del diritto costituzionale comincia ad affrontare.

In secondo luogo vi è la problematica che deriva immediatamente dalle leggi amministrative: problematica che rimase però in tono minore, talora fu perfino meramente esegetica. La ragione di ciò fu semplice: essa restò in parte sopraffatta dalla problematica del terzo gruppo, che era quella prevalente, di origine pandettistica. Chi apra i maggiori e i minori trattati di diritto amministrativo, trova concetti come questi: capacità di diritto pubblico, persona giuridica pubblica, corporazioni pubbliche, rappresentanza di diritto pubblico, negozio amministrativo, contratto amministrativo, proprietà pubblica, servitù pubbliche, pubbliche imprese, oneri pubblici, risarcimenti di diritto pubblico, responsabilità amministrativa, ecc. Gli altri pochi concetti, esclusivi o preponderanti del diritto pubblico, non sorgono in realtà dal diritto amministrativo, ma provengono dal diritto dello Stato, e ad

⁽¹⁰⁰⁾ È noto che per queste ragioni si obiettò loro di aver costruito un sistema non aderente al diritto positivo, quasi de jure condendo. Il che spiega anche come in Italia, dopo che l'ordinamento fascista ebbe attuato veramente il principio della piena autorità dello Stato, alcune teorie germaniche ancora trovarono tanto successo (p. e. quelle del G. Jellinek); v. su ciò le osservazioni del D'ALESSIO, *Aspetti attuali del diritto pubblico italiano*, in *St. n. sc. giur. soc.*, Pavia, 1927, (IX), passim, sp. p. 32 ss.

esso in fondo appartengono. Con ciò non voglio dire che tutti i concetti originari della pandettistica, ora esemplificati, in quanto trasportati nella nostra scienza, riescano inesatti; ma possiamo fin d'ora chiederci: esauriscono essi tutta la nostra problematica?

Tralasciando i primi autori, che hanno valore più che altro di iniziatori nella prima grande sintesi della scienza amministrativistica germanica, che è quella di Ottone Mayer, si scorge agevolmente il concorrere di questi gruppi di problematiche, con le relazioni dette, e quindi col prevalere di quella del gruppo pandettistico. Ora la sintesi del Mayer, rispetto alla scienza germanica, fu così ardua e poderosa che la dottrina successiva dovette impiegare gran tempo per ripensarla, e poter giungere, con opera di approfondimento e di politura, agli ultimi spazi che essa conteneva. Per cui tale dottrina, pur sottoponendo a rigorosi riesami le idee e i concetti del Mayer, ne restò praticamente dominata nel suo fondo; cosa che invece in Italia, almeno per la nostra disciplina, non si è finora verificata per alcun autore.

Questo non significa che tutta la successiva scienza germanica non si sia mossa dalle direttrici del Mayer: si ebbero anche in essa delle tendenze più o meno pronunciate, come in Italia. Vi fu così, alla stregua di quanto avvenne da noi, un indirizzo che si avvicinò alla problematica pandettistica in maniera immediata. Esso trasse origine dal fatto che le nuove indagini giuridiche rivelavano una sostanziale unità del diritto; onde, avendo nel frattempo i privatisti portato a grande profondità l'indagine su alcuni sommi problemi, come quelli riflettenti il negozio giuridico, i diritti soggettivi, ecc., si rese possibile, data l'impostazione iniziale della scienza del diritto amministrativo, un accostamento fra diritto privato e diritto amministrativo; accostamento che, impostato più correttamente di quanto non avesse fatto la scienza francese, ebbe i suoi maggiori artefici nel Kormann e nel W. Jellinek, i quali elaborarono una teoria generale dell'atto dello Stato, condotta sul calco della teoria del negozio privato ⁽¹⁰¹⁾, così come fece un po'

(101) Il solo titolo dell'opera del KORMANN, *Das rechtsgeschäftliche Staatsakt*, (Berlin, 1910), è abbastanza eloquente. Del resto nell'anno successivo, quest'autore tentava, negli *Hirts Annalen*, di costruire un'intera parte generale del diritto

da noi il Cammeo, nel Corso e in molte note a sentenza. Invece in altri indirizzi si attenuò il valore della problematica dello Staatsrecht, e si elevò quello della problematica di derivazione diretta dalle fonti del diritto amministrativo, come avvenne p. e. nel Fleiner, che, in quanto svizzero, subì anche l'influsso della dottrina francese e italiana.

Si avverta che O. Mayer partiva da alcuni presupposti metodologici (specie nei riflessi dei rapporti tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione e diritto dello Stato), che invece mancarono nella dottrina posteriore. Tuttavia questa, con lui, lasciò in ombra p. e. tutta la problematica degli obblighi amministrativi (la quale in Mayer era stata sommersa dalla problematica dello Staatsrecht); per quella dei soggetti giuridici, non seppe scostarsi dalle figure persona fisica - persona giuridica, mai pensando che nel diritto amministrativo potrebbe esservi qualche concetto diverso e proprio; non seppe collegare la teoria degli atti a quella delle fonti; non pensò che gli atti amministrativi potessero avere una struttura fondamentale diversa da quella degli atti privati, e si potrebbe così seguire. Insomma la chiarezza dell'ordine concettuale elaborato dalla pandettistica, abbarbagliò gli autori del diritto amministrativo, onde essi, rispetto al loro diritto, salvo che in alcuni punti e con alcune eccezioni, seppero elaborare ben poco al di là della problematica derivata immediatamente dalle norme: man mano che si sale verso problemi più generali, la problematica di ordine puramente amministrativistico si fa via via più rarefatta, e mentre la scienza del diritto privato ha prodotto ed elaborato in modo compiuto, originalmente e per pura astrazione, una teoria come quella del negozio privato, nessun problema originale di tale importanza ha prodotto ed elaborato fino a oggi in nessun paese la scienza del diritto amministrativo.

In conclusione, l'analisi della problematica della scienza germanica del diritto amministrativo, porta a rilevare che essa non fu già erronea o difettosa in eccesso, bensì fu incompleta: nel diritto amministrativo non esiste solo la persona giuridica pub-

pubblico, appoggiandosi al diritto privato. Più indipendente dal diritto privato fu invece lo JELLINEK W. (*Das fehlerhafte Staatsakt*, Tübingen, 1914).

blica, la proprietà pubblica, la servitù pubblica, e così via, ma qualche cosa di più, di esso propria ed esclusiva ⁽¹⁰²⁾. E questo è stato uno dei fattori non ultimi della reazione ora ivi in atto.

⁽¹⁰²⁾ Lo stesso MAYER O., peraltro ebbe coscienza della finitezza della propria opera: e solo nella 3^a ed. del *Deut. Verwaltungsrecht*, che in parecchi punti aveva innovato su quelle precedenti, si arrischiava ad augurarsi che potesse il lettore: «den Eindruck gewinnen, dass unser deutsches Verwaltungsrecht doch schon eine Wissenschaft geworden ist, an der man Freude haben kann» (Prefaz.).

Occorre notare che affermando l'insufficienza e la dannosità relativa della problematica pandettistica nella scienza del diritto amministrativo, dico cosa ben diversa sia da coloro che affermano che la dogmatica di tale scienza è di origine pandettistica — cosa inesatta, come si è detto prima nel testo — sia da coloro che affermano essere il metodo di studio della scienza del diritto privato insufficiente a quello della scienza del diritto amministrativo, cosa invece molto dubbia, ove metodo s'intenda in senso esatto; sia infine da coloro che affermano doversi diffidare dall'usare in questa scienza la tecnica privatistica, cosa in parte non ben comprensibile, per l'ambiguità del concetto di tecnica, e per l'unità della tecnica giuridica. Al lume di quanto si è detto nel testo riescono più chiare alcune fra le affermazioni di tal sorta, fatte da diversi autori, le quali in realtà significano semplicemente che la problematica della scienza giuridica amministrativistica dev'essere differente da quella della scienza del diritto privato. Ciò si dica per l'ORLANDO nella *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, per quanto riguarda l'invito a guardarsi dall'introdurre la tecnica privatistica nel diritto pubblico, ove tecnica vale problematica, o, casomai, metodo; si dica ancora per lo SPIEGEL, che dedica tutta l'ultima parte della sua *Verwaltungsrechtswissenschaft* (sp. p. 162 ss.), a mostrare come la scienza del diritto amministrativo debba costruirsi in piena indipendenza da quella del diritto privato: egli crede perfino che tra i due rami del diritto, privato e amministrativo, vi sia un dualismo, corrispondente all'antitesi tra fenomeno individualistico e fenomeno collettivistico (idea ripresa con successo anche da alcuni autori germanici nazisti, per rovesciare le dottrine tradizionali, senza riflettere che un contrasto potrà esservi tra i fenomeni della vita associata, non tra le discipline che li studiano). La stessa cosa può dirsi poi per tutte quelle altre affermazioni che criticano la sistematica della scienza del diritto amministrativo, perché ha ripreso alcuni criteri della scienza del diritto privato: la sistematica è una conseguenza della problematica.

D'altra parte non si deve eccedere nella critica di questi punti, nel senso di respingere categoricamente l'applicazione nella scienza del diritto amministrativo della problematica e dell'ordine concettuale del diritto privato, come di recente hanno affermato ancora altri autori germanici. Ciò sarà possibile entro certi limiti, specie sotto i riguardi della teoria generale. Nel testo non ho creduto opportuno neanche sfiorare questo punto, per varie ragioni. Una prima è che ho evitato finché era possibile, di entrare nella questione degli elementi particolari delle discipline giuspubblicistiche, che è una parte di altra maggior questione. Una se-

La scienza italiana del diritto amministrativo ebbe invece uno sviluppo in parte diverso, come si diceva. La minore importanza acquisita dalla pandettistica, la mancanza di uno Staatsrecht e il nostro senso del diritto positivo, ne permisero un'elaborazione più diretta sulle fonti. Tuttavia, data l'iniziale aderenza ai modelli germanici, se un influsso di altre problematiche vi è stato, esso fu soprattutto della problematica della scienza germanica del diritto amministrativo; quindi noi ricevemmo la problematica pandettistica, si potrebbe dire, di secondo grado.

E al lume di quanto finora si è detto sulla problematica, emerge ora il differente valore delle varie tendenze della nostra scienza del diritto amministrativo, dianzi ricordate. La tendenza pandettistica per antonomasia, sgorgata dalla stessa esigenza da cui sgorgò la corrispondente tendenza germanica, non poteva in fondo essere che una tendenza verso la teoria generale: per saggiarne la validità era necessario un largo riscontro e una larga base di diritto positivo, cosa che ancor non era possibile, e che anzi, quando s'iniziò, portò a risultati non favorevoli. Per cui essa giunse ad alcuni eccessi ed ebbe scarsa risonanza pratica.

Prescindendo dalla tendenza psicologica, che ebbe più che altro valore metodologico, la tendenza più importante per l'elaborazione di una problematica del diritto amministrativo fu senza dubbio quella del Romano. I *Principi di diritto amministrativo* di quest'autore, scritti appena agli inizi del secolo, formarono il più notevole tentativo della nostra scienza a costruirsi una problematica propria. Essi, come tali, non ebbero molto seguito, per-

conda è che per discutere di tale argomento sarebbe necessario chiarire pregiudizialmente la distinzione, e, cosa ben più importante, la relazione tra diritto pubblico e diritto privato, e inoltre la relazione tra le rispettive parti generali e quella tra queste e la teoria generale del diritto. Una terza ragione è che per mostrare in pratica questi inesatti trasporti, sarebbe necessario mostrare l'esatta impostazione e risoluzione dei punti incriminati, in base a elementi non privatistici, cosa impossibile in poche pagine, per ragioni facilmente intelleggibili. È però innegabile che il trasporto dell'ordine concettuale del diritto privato nelle scienze giuridiche, ha spesso portato a uno snaturamento dell'ordine stesso e del fenomeno giuridico cui esso applicavasi. Ciò era notato in Germania già dallo ZORN, *Zum staatsrechtlichen Literatur*, *Grünhuts Zs.*, 1883 (X), p. 723, e poi da altri, fra cui soprattutto lo STÖERK, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, estr. dal *Grünhuts Zs.*, 1885 (XII), sp. p. 54 ss.

ché sopravanzarono lo stato in cui era allora la dottrina: occorre un'esperienza scientifica e un vasto reiterato esame del diritto positivo; questo poteva farsi solo per mezzo della tendenza contenutistica, che infatti fu la prevalente.

Data però la compenetrazione costante fra le varie tendenze, la nostra dottrina operò con maggiore agilità delle corrispondenti dottrine straniere; la problematica delle scienze germanica e francese, e, in secondo luogo, quella della pandettistica, dello Staatsrecht, e poi anche del diritto processuale civile, furono trasportate al diritto amministrativo solo dopo che furono vagliate e adattate, qual più qual meno.

Ma anche qui si è risentito, e ancor si risente in misura notevole, l'influsso delle prime impostazioni: quasi insensibilmente la dottrina è stata portata a riprendere l'atto amministrativo sul negozio privato, il soggetto amministrativo sul soggetto privato, la responsabilità amministrativa sulla responsabilità privata, e così via. Permangono quindi tuttora inesplorate delle vastissime zone, nelle quali nessuna problematica di altre scienze giuridiche trova minima applicazione; per esse sarebbe necessaria una problematica originale della nostra stessa scienza. In conclusione allora, nella scienza italiana del diritto amministrativo, la problematica, pur scendendo a notevole profondità nei confronti delle corrispondenti scienze di altri paesi, è rimasta incompleta, anzi, si può dire, largamente incompleta ⁽¹⁰⁸⁾.

13. Il profilo sotto cui il diritto amministrativo è stato prevalentemente studiato, è quello della posizione dei pubblici poteri, e del modo onde la loro attività assume giuridico rilievo nei confronti degli amministrati. Così, fra le fonti, si sono studiate prevalentemente quelle che estendono la loro efficacia sull'amministrazione e sugli amministrati insieme; fra gli atti amministra-

(108) L'insufficienza dell'attuale problematica della scienza del diritto amministrativo, rilevata quasi sempre per vie indirette, o in termini non esatti (v. nt. 102), era da ultimo esplicitamente e direttamente posta in luce dal VACCHELLI, e dimostrata con una bella riprova pratica, in *«Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico»*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, I ss.

tivi si sono studiati solo gli atti esternamente rilevanti; nelle forme dell'agire giuridico, ci si è contentati di individuare le potestà e i diritti pubblici; e la posizione degli amministrati si è ridotta alle figure della soggezione, o, al massimo, delle non meglio spiegate prestazioni: si trattava insomma di tutte quelle cose più importanti ai fini pratici immediatissimi delle liti amministrative.

Ove peraltro si sia d'accordo sul punto che la problematica della nostra scienza dev'essere ampiamente completata, data la natura di simile esigenza, si comprende come non sia possibile procedere a ulteriori spiegazioni. Dirò qui perciò semplicemente quella che è una mia impressione, frutto di un esame d'insieme della nostra scienza del diritto amministrativo.

Mi pare che vi siano due ordini di materie la cui problematica è scarsissima, per non dir quasi nulla: quello che concerne il funzionamento dei poteri nei loro rapporti interni, e quello che concerne l'attività e la posizione degli amministrati di fronte alle pubbliche amministrazioni. Il primo ordine di problemi solo negli ultimi anni ha attirato l'attenzione degli studiosi per un suo aspetto, che è in fondo un aspetto marginale: quello del merito amministrativo. Ma noi troviamo una quantità di norme le quali prescrivono che certi organi o enti devono compiere certi atti o spiegare certe attività nei confronti di altri organi o enti; fra essi esistono quindi dei rapporti giuridici, i quali sono spesso lasciati dalle leggi molto elastici; ciò che fa ad essi riconoscere per lo meno una speciale natura. Le situazioni giuridiche in cui si trovano questi soggetti, i quali per altri aspetti non sono soggetti in senso stretto, in conseguenza delle loro attività, si discostano in modo strano non solo da quelle che oggi autorevoli autori chiamano « situazioni giuridiche » previste da quelle norme che regolano il funzionamento dei pubblici poteri direttamente verso gli amministrati, ma anche dalle situazioni fin qui studiate dalla dottrina in genere. Il lato più interessante delle norme di quest'ordine, è che esse tutelano interessi mediante figure giuridiche che ancora devono essere individuate. Mi pare allora che sorga qui uno dei massimi problemi del diritto amministrativo, di esso proprio ed esclusivo, che è il problema degli interessi amministrativi. La nostra scienza già conosce alcuni di tali interessi, nel campo della c. d. giustizia amministrativa. Ma questi non sono che una

categoria molto limitata fra gli altri interessi amministrativi, e probabilmente di natura del tutto speciale.

Un'indagine su tali questioni credo che potrebbe sconvolgere profondamente tutto il diritto amministrativo con risultati sorprendenti, dalla teoria delle norme fino alla teoria del rapporto di pubblico impiego, da quella dei processi amministrativi, a quella dell'atto amministrativo; teorie le quali sono state costruite con riguardo quasi esclusivo a quell'altro gruppo di norme fin'ora studiate e quindi, in realtà, possono dirsi sfasate. Nessuno vorrà negare, ad esempio, solo che vi rifletta un poco, che noi abbiamo costruito una teoria dell'atto amministrativo la quale è applicabile sì e no a un terzo degli atti amministrativi che il nostro ordinamento conosce.

L'altro ordine di problemi ha un interesse concreto notevole. Nel campo del diritto privato si trova tutta una estesissima parte, anzi la più raffinata ed elegante, che concerne le obbligazioni. Nulla di questo nel diritto amministrativo; una ragione giustificativa c'è, ed è, come si dice di solito, che i pubblici poteri impongono, non stringono già obbligazioni. Ma con ciò la questione non è che spostata, perché si tratta di vedere che siano gli obblighi che essi impongono: anzitutto la loro natura, e poi i principi generali che ne regolano il sorgere, le modificazioni soggettive ed oggettive, l'estinguersi. Ma correlativamente agli obblighi dei privati si hanno quelli dell'amministrazione; e all'infuori degli obblighi, si hanno una quantità di provvedimenti di genere amministrativo o quasi privato, o norme amministrative, che, incidendo nella sfera privata, determinano particolari effetti. Ora l'indagine su questi argomenti non è mancata completamente, ma è stata saltuaria, episodica, e limitata alla problematica minore, quella cioè che risulta direttamente dai testi delle norme. Per assurgere a una problematica maggiore in quest'ordine di problemi è quindi sufficiente spostarsi da un atteggiamento che contempli prevalentemente l'amministrazione, a un atteggiamento che contempli prevalentemente l'amministrato. Con ciò non voglio certo affermare che questo secondo atteggiamento sia più importante nel sistema generale del diritto amministrativo; semplicemente non occorre lasciarlo troppo in ombra. E neppure si deve credere che fra le due indagini vi sia un intervallo: esse si

compenetrano, perché studiandosi un «obbligo», dato che esso nella quasi totalità dei casi (come pare), presuppone due soggetti, si dovrà anche per forza di cose, e ove si voglia ben fare, non trascurare lo studio di quanto si riferisce a uno dei soggetti stessi ⁽¹⁰⁴⁾.

Nella nostra letteratura giuridica alcune somme linee dell'indagine su questo secondo ordine di problemi sono state già tracciate nei *Principi* del Romano: delle nove teorie giuridiche in cui quest'autore divideva la materia del diritto amministrativo, almeno quattro rifletterebero in gran parte la problematica di tale ordine. Anche per questo dicevo poc'anzi come la problematica dell'indirizzo del Romano fosse in posizione di superiorità rispetto a quella di altri indirizzi. Con ciò non affermo già che ci si debba riportare al Romano, e riprendere le teorie che allora egli espose nei *Principi*: in fondo, per quanto geniale, quest'opera costituì un primo tentativo, anch'esso problematicamente incompleto. Ciò che si deve riprendere è la sostanza costruttiva di quell'indirizzo con quella maggior coscienza critica che può dare, oggi, una vasta conoscenza del tanto più progredito campo delle scienze giuridiche italiane. Su queste linea, già negli ultimi tempi sono apparsi dei contributi molto notevoli.

14. Sul fondamento di quanto si è ora visto, non appare affatto esagerato affermare che la scienza italiana del diritto amministrativo ha oggi un primato su quelle che già le furono maestre ⁽¹⁰⁵⁾. Infatti, dopo un momento di arresto, che coincise naturalmente col periodo dei profondi mutamenti legislativi ope-

⁽¹⁰⁴⁾ La posizione del privato in quanto soggetto che interviene nell'espletamento delle attività amministrative, assumendo emergente rilievo nei rami particolari del diritto amministrativo, è stata posta necessariamente in maggior risalto da quelle discipline giuridiche che si sono dipartite dal diritto amministrativo stesso, come ad esempio il diritto tributario. Intorno agli obblighi del contribuente vi è oggi una notevole letteratura: v. p. e. GIANNINI A. D., *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937, sp. p. 72 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ A titolo di cronaca si può ricordare che appena tre quarti di secolo fa' il buon DE GIOANNIS GIANQUINTO (*Nuovo diritto amministrativo*, p. 70), ricordava con sdegno, a nostro incitamento, certe constatazioni spiacevoli che il CORMÉNIN aveva scritto nei nostri riguardi, nell'introduzione del suo *Droit administratif*.

rati dal fascismo, essa ha ripreso il suo cammino con più agilità e con strumenti sempre più fini. Ogni giorno assistiamo all'esplorazione di nuovi campi, e, cosa ben più importante, alla scoperta di nuovi problemi; e vediamo che mentre alcuni autori scavano materiale soprattutto nel campo della giurisprudenza amministrativa, altri muovono più dall'esegesi dei testi, altri preferiscono spaziare senz'altro nella dogmatica; per cui la varietà delle attitudini e dei criteri rende la nostra scienza ricca e viva. Fare nomi è superfluo, perché o essi si conoscono ed è inutile ricordarli, o non si conoscono ed è insufficiente enumerarli.

Ho già detto indietro dello stato della scienza francese; quella germanica ha visto, nello scorso decennio, la novità di un'applicazione ex professo dell'indirizzo della scuola di Vienna, specie nelle opere del Merkl. Essa non ha però affatto arricchito o comunque spostato lo stato della problematica che ivi esisteva, anzi, in ultima analisi, i frutti che essa ha dati possono considerarsi la parte generalissima di una parte della parte generale del diritto amministrativo ⁽¹⁰⁶⁾. In seguito, dopo il 1933, la scienza germanica del diritto amministrativo è entrata in un periodo di travaglio, sui frutti del quale per ora io mi dichiaro seguace di Pirrone, pronunziando la epoché.

Nei confronti però delle altre scienze giuridiche italiane non può dirsi che la scienza del diritto amministrativo sia fra quelle che « certant de principatu ». Ciò si spiega anche risalendo alle origini, alla derivazione dal comune ceppo pandettistico: finché le scienze giuridiche si ricondussero, per l'ordine concettuale o per la problematica o per il metodo, sotto le ali latissime della pandettistica, la scienza del diritto amministrativo poté sfruttare egregiamente il vantaggio che le derivava dal suo oggetto di studio: il diritto amministrativo. Questo ramo del diritto infatti presenta tale ricchezza di istituti e contiene tale quantità di materia, che bastava approfondire di poco per individuare bellissimi concetti; e una volta trasportati, con successivi stadi, questi concetti su un piano più generale, in uno stadio ulteriore facilmente essi poterono passare nella teoria generale del diritto, specie allorché le barriere fra le diverse discipline giuridiche, sotto la spinta scientifica,

⁽¹⁰⁶⁾ V. del resto MERKL, *op. cit.*, p. 94 ss.

sempre più venivano assottigliandosi. Così accadde, ad esempio, che le dottrine dei soggetti, delle fonti del diritto, dei poteri e dei doveri giuridici, e altre, le quali erano una volta trattate dagli studiosi del diritto privato, trovarono le loro migliori elaborazioni nelle opere, monografiche o generali, del diritto pubblico, anzi da esso passarono, talora anche non felicemente, in altre discipline giuridiche.

Nel frattempo nuove indagini e nuove problematiche venivano però superando a poco a poco quel compiuto corpo di dogmatica che aveva lasciato la pandettistica. E due scienze giuridiche precedettero, e ancor precedono, in questo lavoro: la scienza del diritto processuale civile, e quella del diritto civile, le quali negli ultimi anni hanno proceduto a splendide indagini.

La scienza italiana del diritto amministrativo, non essendo riuscita a liberarsi in modo così deciso della problematica pandettistica, e a superarla in nuove esclusive problematiche, si è quindi trovata scientificamente su un piano un po' arretrato. Questa constatazione introduce direttamente al problema critico della nostra scienza, alla precisazione del quale il presente scritto si dirige. Dall'analisi del modo ond'è sorta la scienza del diritto amministrativo, del modo onde si è sviluppata, degli influssi che ha subito, considerando il cammino percorso e il modo onde si è proceduto nei confronti di altre scienze straniere e italiane, può ritenersi che la sua insufficienza di fronte ai nuovi fenomeni i quali si presentano nel diritto che essa studia, non trae ragione d'essere da un'intrinseca insufficienza dei metodi e della tecnica della scienza stessa, né da fondamentali errori d'impostazione o di costruzione delle sue nozioni, ma semplicemente da un'insufficienza di problematica. Per cui si tratta semplicemente di una passeggera crisi di crescita, non di un punto morto o di un'esigenza di radicale riforma.

Mi pare perciò che ove s'imposti una nuova problematica, rivedendo quella esistente, o, anche più semplicemente, si completi quella esistente, specie mediante indagini relative ai due ordini di problemi che prima indicavo, si potrà riconoscere in maniera migliore di quanto non sia ora possibile, quella differenza tra lo Stato prefascista e quello attuale, che è così sentita nel corpo del sistema politico. La formula che rende giuridicamente

il discrimine e le fondamentali caratteristiche dello Stato carabiniere rispetto allo Stato regolatore dei fenomeni sociali ed economici, non può essere che incompleta, in quanto elaborata con quella sola problematica cui finora la dottrina pubblicistica ha atteso, la quale è insufficiente. E qui, chi volesse ancora approfondire sulla fenomenologia delle scienze giuridiche, potrebbe fare interessanti osservazioni circa le relazioni tra le somme teorie del diritto pubblico e il diritto amministrativo, le quali però esulano dai miei scopi.

Peraltro, nel ricercare una problematica specifica del diritto amministrativo, non dobbiamo dimenticare che altre scienze giuridiche, essendosi appunto rinnovate nella loro problematica, hanno evitato le critiche e le constatazioni d'insufficienza. Per cui, se da un lato credo nostro compito procedere alla ricerca di problematiche originali della scienza del diritto amministrativo, dall'altro mi sembra che non debba esitarsi a rendere più stretti i legami fra questa scienza e le altre scienze giuridiche, s'intende non per trapiantare ancora una volta nel diritto amministrativo problematiche altrui, e cioè quelle del diritto processuale civile o del diritto civile, ma per due ragioni, l'una tecnica, l'altra scientifica. Infatti è tecnicamente molto utile servirsi di quei concetti e di quelle nozioni più raffinate che in altre discipline giuridiche si vengono elaborando: e se in alcuni recenti scritti monografici nella giustizia amministrativa si fosse tenuto maggior conto di certe nozioni da poco rielaborate nel diritto processuale, forse in questa tanto tormentata materia vi sarebbe qualche incertezza, sia pur piccola, in meno.

La seconda ragione comprende in sé due argomenti minori: anzitutto, al punto in cui sono oggi le scienze giuridiche, nessun giurista può misconoscere la teoria generale del diritto, e questa teoria sorge soprattutto dal coordinarsi dei risultati di scienze giuridiche diverse. Anche se, con le proprie ricerche, non si miri a sfociare nella teoria generale stessa, ma vogliasi rimanere nell'ambito di una particolare scienza, la teoria generale, e quindi anche le altre scienze giuridiche che ad essa sono mezzo, dev'essere conosciuta, per poter ben costruire la stessa scienza particolare; invece la scienza italiana del diritto amministrativo si compiace talora di isolarsi: basti vedere i tre lavori nello scorso anno ap-

parsi sul tema venerando dell'annullamento degli atti amministrativi.

L'altro argomento è che, oggi, il diritto amministrativo è il ramo del diritto più ricco d'istituti, di ogni varietà e natura, e talora straordinariamente complessi: p. e. alcuni recenti istituti, accanto a caratteristiche di diritto pubblico e sostanziale, presentano strutture privatistiche o processualistiche. Più che mai necessario allora conservare i contatti con le altre scienze giuridiche.

POSTILLA 1973

1. Oggettivamente, si può chiedere, 35 anni costituiscono un lasso di tempo che permetta un bilancio di una vicenda di storia del pensiero giuridico? Talora sì, talora no; nella specie forse più no che sì, anche se potrebbe pensare il contrario chi si fermi a considerare che nel frattempo vi è stata una guerra mondiale la quale ha spazzato via tanta mole di vecchie concezioni.

A Paolo Grossi, che mi chiedeva di ritornare sui profili storici della scienza del diritto amministrativo, feci presente questo dubbio, e feci insieme presente come un bilancio, non limitato cronisticamente come quello che fatalmente l'autore del 1973 poteva fare rispetto all'autore del 1939, fosse stato fatto già da un uomo di scienza della generazione sorta dopo la guerra, in modo che non solo a me pareva molto valido, voglio dire da Sabino Cassese, in «Cultura e politica del diritto amministrativo» (Bologna, Il Mulino, 1971). Per cui quel che io potessi — e qui possa — dire, sarebbe stata una rilettura in parte esplicativa, in parte critica, che uno studioso adulto potesse fare di una propria opera giovanile. Tuttavia l'insistenza di Grossi e di altri, tra cui lo stesso Cassese, è insistenza di persone d'ingegno che chiedono ad uno studioso più anziano di dire qualcosa; per cui questo studioso fra il dubbio che sempre ha di sé stesso e il dubbio sulla validità della richiesta che gli viene da giovani studiosi che molto stima, se è coerente con il proprio dubbio, finisce col ritenere meno dubbioso il secondo dubbio rispetto al primo.

Ed eccone qui il risultato ⁽¹⁾.

(1) Per non essermi gradito il parlare autobiografico, in questa postilla parlerò in terza persona di me come autore del 1939: non perché pensi a Giulio Cesare, ma solo perché, una volta licenziato un mio prodotto, è cosa che da me si distacca, rispetto alla quale mi dà piena libertà di critica. Concentro dunque qui qualche elementare dato personale.

Lo studio fu composto nel 1939, ma su materiale che avevo raccolto in anni precedenti, lavorando sul tema dell'interpretazione. Quando lo scrissi avevo

2. È forse opportuno iniziare con le lacune che presenta lo studio che si postilla.

Alcuni si sono chiesti come mai esso non abbia dato peso alla letteratura angloamericana, di cui l'autore aveva invece tenuto conto in altri suoi scritti quasi contemporanei, sull'interpretazione e sulla discrezionalità.

Si potrebbe rispondere che questa lacuna è apparente, non reale. Proprio l'aver conoscenza del pensiero giuridico inglese e americano, aveva rafforzato, nell'autore, il convincimento che esso avesse avuto assai scarsa influenza sullo sviluppo della scienza del diritto amministrativo europeo continentale. Questo non perché — come si diceva e ancor si dice — non esistesse un diritto amministrativo in questi Paesi, e quindi non potesse esistere una correlativa scienza: in sede storica quest'osservazione sarebbe inesatta, perché proprio in quegli anni la scienza del diritto amministrativo andava prendendo nuovo rigoglio, tanto in Inghilterra che negli Stati Uniti e in altri Paesi di cultura inglese, sia pur come scienza di un oggetto sociale — l'amministrazione pubblica — e non come scienza di un ramo del diritto, che effettivamente mancava. La ragione potrebbe essere diversa, e meno semplice: che i giuristi e i politologi dell'Europa continentale avevano concentrato la loro attenzione più sull'esperienza costituzionale di questi Paesi che sull'esperienza amministrativa, ritenuta anzi di poco interesse; che oltretutto la stessa esperienza costituzionale era stata appresa non per i suoi effettivi ordini concettuali, bensì così come arrivava filtrata attraverso la mente di scrittori francesi e tedeschi, i quali avevano avuto quasi un ruolo storico di mediatori di ordini concettuali; in particolare i tedeschi, i quali, partendo dalla concezione di una validità teorica universale degli elaborati della propria scienza, si sentivano in condizione di ridurre ad essi ogni esperienza giuridica che incontrassero, traslitterando le storicità di queste esperienze in differenze specifiche di generi universali. Che queste fossero forzature, lo cominciò a dire più tardi Gncist, ma dalla dottrina ufficiale germanica egli era visto come un outsider (non così dalla nostra, che non sempre ebbe precisa cognizione delle correnti in cui la scienza tedesca pur si articolava).

Oggi l'influsso dello storicismo ha mutato le concezioni della scienza giuridica dello scorso secolo; la letteratura angloamericana è molto più nota, e la si intende per quello che è, come espressione di un'esperienza giuridica diversa, ma non perciò di minor dignità scientifica, quasi anzi esotica. Per quel che attiene alla scienza del diritto amministra-

24 anni, e difatti in parecchi punti affiora dell'acerbo. Ne esposi la trama a Santi Romano, che ritenevo, e ritengo, studioso dotato di singolare capacità di interpretazione storiografica — come mostravano le sue prolusioni —; la giudicò molto ambiziosa, ma quando gli presentai il lavoro ne fu molto lieto, e mi raccomandò di non tralasciare le mie attenzioni storiografiche.

tivo non ha ancor oggi, per noi, un suo peso, come invece ha nelle altre scienze della pubblica amministrazione.

3. Vi sono invece due lacune reali; l'una è quella che attiene ai commentatori di diritto pubblico interno delle costituzioni e delle leggi fondamentali tedesche e austriache degli anni '20; l'altra è quella che attiene agli innovatori giuridico politici del nazionalsocialismo tedesco. Ambedue le lacune sono, in certo senso, volontarie, e ciò merita una spiegazione, se non altro perché la spiegazione stessa è di storia del pensiero giuridico.

Occorre dire che all'autore il pensiero giuridico della giuspubblicistica tedesca weimariana sembrava molto interessante nelle opere dei « minori », forse più che in quelle dei padri della costituzione, o dei loro congiunti, come Preuss o Stier Somlo; e così per gli austriaci, rispetto agli scritti costituzionalistici di personaggi come Kelsen o Merkl, gli sembrava che non minor interesse presentassero Tezner o Adamovich, se non altro per la nozionizzazione del procedimento amministrativo. In particolare per i tedeschi, riteneva che si dovesse attribuire valore all'indirizzo, che gli sembrava di scorgere chiaro in una produzione non sempre pregevole, di portare sotto i principi della costituzione l'intera normazione dell'ordinamento statale, anche quella apparentemente più lontana, come poteva sembrare la normazione privatistica, sì da costituire una salda sistemica positiva.

L'autore però sapeva che su questi « minori » il pensiero dei maestri italiani era alquanto severo. Lo aveva più volte colpito la fulminante sicurezza di giudizi di Santi Romano, circa alcune opere che all'autore erano sembrate non indegne, per cui dubitava dell'esattezza delle opinioni che si era fatto. Pensò che fosse utile, come allora si usava, sentire in proposito Romano, Ranelletti e Zanobini. Romano dopo avergli premesso che era inutile occuparsi di gente come Thoma, Giese, Anschütz, e simili, tuttavia lo ascoltò, parve anche in parte persuaso, ma concluse consigliando di occuparsi solo dei maggiori. Ranelletti rispose invece che la costituzione di Weimar era uno zibaldone, ed era stata una delle cause della rovina della Germania, onde era inutile occuparsi di giuristi che in fondo non erano molto lontani da curatori di fallimenti; più nitido Zanobini, il quale ritenne del tutto infondata l'opinione che l'autore gli andava esponendo; a lui quei giuristi erano parsi dei commentatori di poco rilievo, e anzi spesso confusionari; comunque poco avevano inciso nella scienza del diritto amministrativo.

Fu così che l'opinione dei maestri indusse l'autore a tralasciare questo gruppo di giuristi. Solo, più tardi, negli intervalli che gli lasciarono i richiami alle armi, poté comprendere che invece almeno in parte aveva visto giusto.

Quanto agli innovatori del nazionalsocialismo, trattavasi di situazione del tutto diversa. Romano, ed es., aveva molto rispetto per C.

Schmitt, ma nessuno per gli altri; solo che lo riteneva un politologo e non un giurista, onde lo metteva fuori gioco applicando la distinzione tradizionale del « metodo giuspubblicistico ». A parte queste considerazioni, sta di fatto che nella scienza del diritto amministrativo il gruppo degli innovatori del nuovo regime tedesco non fece in tempo ad entrare: i giovani giuristi che allora si affacciavano, oggi anziani e famosi, conservavano Otto Mayer come mostro sacro, e ancor oggi lo conservano.

4. Vi sono altre lacune, nello studio del 1939? Rileggendolo, l'autore direbbe di no; però è anche vero che non gli si può attribuire competenza ad un giudizio di verifica se non nei limiti della ricostruzione che ha delineato del limitato evento di storia del pensiero scientifico che egli presentava agli studiosi. Cassese, ad es., accetta in buona parte la delineazione suggerita, ma la integra con altre interpretazioni; Ruffilli (recensendo Cassese, in questa Riv., I, 1972, p. 386) propone un'ulteriore interpretazione, se non altro della figura di Orlando; sempre su Orlando, Galatello Adamo aveva aperto un'altra intelligente prospettiva (Rassegna dir. pub., 1964, p. 885). Su questi dibattiti si faranno poi alcune precisazioni.

È opportuno infatti prima di tutto avvertire come lo studio del 1939 si compone di due parti, la prima contingente, di carattere critico, la seconda non contingente, di carattere ricostruttivo e problematico.

Sulla prima oggi devono esser dati dei chiarimenti: lo mostra il fatto che i più giovani studiosi i quali si sono occupati della materia non ne hanno avuto chiara prospettiva, e quindi non ne hanno potuto scorgere i collegamenti con la seconda. Non per non esser stati testimoni di quei tempi, quanto perché la storiografia sul fascismo non ha ancora portato approfondita attenzione sull'ultimo periodo del fascismo medesimo, quello cioè che si apre per effetto della grande crisi mondiale del 1929-30, e che portò, secondo quanto opina l'autore, all'adozione della linea dello Stato dirigista in parallelo alla linea dello Stato corporativo. L'adozione della linea parallela fu allora giustificata col-l'affermare che la necessariamente più lenta costruzione dello Stato corporativo non poteva pregiudicare l'esigenza che nel frattempo lo Stato italiano aveva di difendersi contro l'attacco delle « plutocrazie occidentali », e che comunque alla fine tutto sarebbe stato versato nei contenitori dello Stato corporativo.

Lo Stato corporativo aveva visto nel 1930 l'istituzione del Consiglio nazionale delle corporazioni, nel 1934 l'istituzione delle 22 corporazioni, nel 1934 il riordinamento dei consigli provinciali dell'economia corporativa, nel 1936 il riordinamento del Ministero delle corporazioni (e mentre lo studio si stava concludendo, si costituiva — 1939 — la Camera dei fasci e delle corporazioni); nella realtà effettuale, molto più potente era lo Stato dirigista, che aveva rivisto la normativa sugli

enti di bonifica e sugli enti associativi nell'agricoltura, introdotto l'ordinamento bancario (1936), stabilizzato l'IRI (1937), introdotto l'autorizzazione ai nuovi impianti industriali, ma soprattutto, con la guerra etiopica e le sanzioni internazionali che ne erano seguite, si era impadronito totalmente del commercio con l'estero e della disciplina valutaria, attribuendo al nuovo Ministero degli scambi e delle valute poteri, praticamente illimitati, di disciplina normativa mediante semplici decreti ministeriali; collegandosi direttamente o indirettamente a questi poteri, anche i Ministeri delle corporazioni e dell'agricoltura, per i settori della produzione industriale e agricola e del commercio interno, avevano trovato molto utile lo strumento del regolamento ministeriale, che difatti venne ad avere impensata diffusione. Responsabilizzata, la burocrazia si era formata quadri dirigenziali rispettabili, quali forse l'Italia non aveva mai avuto.

Tutti questi accadimenti avevano, letteralmente, atterrito il mondo dei giuristi. L'autore non ha mai più visto qualcosa di simile, neppure nei momenti dei vari crolli di Stato a cui ha avuto la sorte di assistere o di partecipare, poiché in questi al timore della fine si accompagnava sempre la speranza di una rinascita. Invece allora i giuristi delle generazioni meno recenti, della scuola e della magistratura, avevano il senso che l'ordine antico si stesse sfasciando, avviandosi su strade precarie, su esperimenti rischiosi, avventati e contraddittori.

Questo spiega perché in quel giro di tempo si ebbe da noi una ripresa del formalismo giuridico: gli allora giovani avvertivano, i più per intuito pochi per raziocinio, che il formalismo era un'evasione da un impegno, anche perché Gentile e la Scuola di Vienna avevano loro insegnato l'onnipotenza di costrutti che aveva la logica, onde diffidavamo. L'altra reazione fu la corsa all'indietro: sempre, in simili vicende, si vanno a cercare in valori del passato cementi per costruire dighe al presente. Fu così che alla prorompente potenza dei direttori generali si opposero, come dighe, lo Stato di diritto e la divisione dei poteri.

Non vorremo riprendere il dibattito sul se le idee possano fermare le pressioni degli interessi, ma solo ci sia dato rilevare che questo ritorno ad antichi pilastri, sia pur rifondati, avrebbe potuto avere successo solo se la magistratura fosse stata pronta a riconoscerne l'attitudine a svolgere il ruolo di punti di appoggio. Il che non fu, la magistratura ordinaria perché rimase coerente alla sua logica che si portava dall'Unità, e dette sempre ragione all'amministrazione; quella amministrativa perché nessuno si attentava ad adirla, minacciato com'era di sanzioni di fatto dagli uffici delle amministrazioni qualora avesse osato ricorrere; sicché il Consiglio di Stato in s.g. non ebbe neppure bisogno di lavarsi le mani; per effetto di scoperte preclusioni ricattatorie, poté salvare l'anima.

La giovane generazione giuridica di allora riteneva invece la corsa all'indietro inutile e perfino ridicola; riteneva un fatto necessario la disciplina pubblica dell'economia, e pur convenendo che la normativa era caotica, riteneva che la vicenda fosse irreversibile. Questa è la ragione per cui nello scritto del 1939 l'autore si pose in polemica contro i riverniciatori dello Stato di diritto, della divisione dei poteri, e contro l'opinione che la scienza del diritto pubblico, amministrativo in particolare, fosse in crisi ⁽²⁾. Occorreva dissacrare certi miti, e l'autore tentò di farlo.

5. Oggi sarebbe forse inutile riscrivere la prima parte dei « Profili storici »; anche se i riverniciatori esistono tuttavia sarebbe inutile lo stesso, perché la polemica non è più attuale. Lo era allora, quando il riverniciatore era da intendere o come una manifestazione conservatrice, o come un'illusione teoreticistica. Oggi forse i miti da dissacrare sarebbero altri.

Il problema del che fare però esisteva, ed esisteva proprio come problema di indirizzo della scienza. In un complesso ricco come quello italiano, era ovvio che gli atteggiamenti fossero diversi. Vi fu quello che riteneva transeunti, di politica economica, i fatti ai quali il decennio assisteva, onde non meritassero troppa attenzione da parte dei giuristi: capofila ne fu Santi Romano, e lo si può capire. Vi fu l'atteggiamento che riteneva i fatti comunque interessanti, per inquadrare i quali fossero peraltro sufficienti le nozioni già note e acquisite: il giurista più rappresentativo ne fu G. Zanobini, che dette ripetute dimostrazioni della capacità di espansione del sistema. Però vi era l'indirizzo che reclamava una revisione delle nozioni base: revisione delle categorie, come si diceva con ridondante locuzione; ovviamente in quest'indirizzo si inserivano tutti i parolai, che esistono sempre in ogni tempo e in ogni luogo; ma vi era anche un filone di pensiero scientifico, che era portato da quella che fu poi chiamata la Scuola siciliana di diritto privato, e dai processualcivilisti, in testa ai quali stavano Carnelutti, Calamandrei, Cristofolini e Redenti. Si andava così delineando una ripresa dell'eterna contesa sul metodo della scienza giuridica, e si ebbe anzi qualche scritto; ma per fortuna, poi, la contesa rientrò, e il tema lo ripresero dopo la guerra i filosofi del diritto, dietro sollecitazione però di una problematica del tutto diversa e più valida.

Nella seconda parte dei « Profili storici » l'autore volle quindi prendere posizione su un problema che impegnava tutti; ma non ardì giun-

(2) È forse da ricordare, a proposito della divisione dei poteri, l'episodio della nomina del Ministro guardasigilli a presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni, che lasciò tutti sconcertati; ma ciò che colpì i giovani di allora è che, malgrado tutto, ancora si seguitasse a patrocinare la divisione dei poteri secondo nuovi adattamenti (come p. es. fece Luigi Rossi, che certamente non era un allineato al regime).

gere sino alla questione del metodo, che gli sembrava, e tuttora gli sembra, epistemologica. D'altra parte però sentiva che non si poteva, specie in quel momento, circoscrivere il ruolo del giurista alla manovanza giuridica, o disperderlo in un piacevole mondo di collezionista di nozioni giuridiche rare da appuntare, come farfalle o coleotteri, in belle teche. Ce ne erano e ce ne sono già troppi di giuristi acchiappafarfalla. Stare lontani da questi non significava, ad opinione dell'autore, dover salire necessariamente al cielo di Jhering. D'altronde giuristi come S. Messina e F. Vassalli, che erano stati suoi maestri, gli avevano mostrato come fosse possibile prendere posizione con umiltà scientifica, senza sentirsi destinatari di arche di marmo.

La posizione che assunse l'autore, o meglio che propose di assumere, fu quella di uno che credeva nel futuro. Quindi occuparsi dei fatti apparentemente transeunti, e con ciò non condividere l'atteggiamento di chi considerasse i giuristi depositari di un Verbo da trasmettere ai posteri, anche perché ad una generazione venuta dallo storicismo era difficile intendere perché proprio i giuristi dovessero essere depositari e in che cosa si sostanziasse il Verbo.

Ma come occuparsene? Erano veramente necessarie le «nuove categorie»? Su questo punto l'autore si allineava alla posizione di Messina: rileggere le nozioni che ci aveva lasciato la Pandettistica, verificandole sia sulla normazione positiva che sulla realtà; solo se necessario crearne nuove, per rendere, in modi tecnici validi, quella normazione e quel mondo.

Tuttociò presupponeva un retroterra ampio, in cui avessero ricevuto assetto alcune delle questioni di base che dibattono i giuristi; tuttavia all'autore, che fra i giuristi soprattutto pregiava i cultori del diritto privato e del diritto processuale civile, e indiscutibilmente ne subiva il fascino, parve valido, in buona parte, il retroterra da cui queste scienze muovevano. Quindi la storicità dei concetti giuridici fosse indiscutibile, ma parimenti lo fosse la lunghissima vigenza temporale dei medesimi. Una ricerca che aveva fatto sui concetti giuridici del prima e del dopo delle rivoluzioni inglese, francese e russa, gli aveva avvalorato questa convinzione. Quanto al periodo di cui era spettatore, ancora glie la avvaloravano sia il constatare come troppo spesso le proposte, p. es., di Carnelutti, divenissero acqua illustre seminata agli ovili, sia la sottile critica demistificante che assorbiva da amici filosofi del diritto, come Lopez de Oñate e Pekelis.

6. Era però nel contempo facile rilevare quanto le scienze del diritto pubblico fossero lontane dalla finezza di quelle del diritto privato e processuale civile. Di qui l'ovvio interrogativo che si poneva: perché? La risposta che dava la dottrina dei maestri era, se così può dirsi, antropomorfa: perché era nata più tardi. Risposta che non finiva di lasciar stupito l'autore, in quanto era facile rilevare che, in

Germania almeno, ciò era vero sino ad un certo punto, mentre per l'Italia l'influenza della dottrina tedesca si era avuta, nella scienza del diritto privato, solo due decenni prima rispetto a quella del diritto pubblico, ossia trattavasi di periodo temporale di rilievo non decisivo.

Tale considerazione fece concepire all'autore una diversa spiegazione, ossia che si fosse in presenza di un attardamento problematico. Era facile constatare, da un lato, come la stessa dottrina tedesca, a cui facevano continuo riferimento i maestri italiani, fosse in realtà rimasta invischiata nella problematica di stampo privatistico originata dalla pandettistica, e da questa portasse, in quella parte della dottrina italiana che era stata alla sua scuola, un'impronta di un tipo quantomeno molto determinato. Da un altro lato si poteva parimenti constatare come la dottrina italiana non avesse avuto la capacità di andare avanti rispetto a quella tedesca, e quindi si fosse limitata a riprendere, in modo poco penetrante, problematiche pandettistiche, ed in un secondo tempo privatistiche, adattandole scolasticamente alla normazione di diritto pubblico.

Si pose quindi all'autore l'esigenza di fare il punto circa la situazione storica della scienza del diritto pubblico, sia pur nella apparentemente più stretta rima della scienza del diritto amministrativo, che però era, tra le scienze giuspubblicistiche, la più evoluta. I « Profili storici » nacquero così come ricerca sollecitata da un interrogativo che interessava il futuro.

La ricerca confermò l'ipotesi. Il suo punto d'arrivo fu la constatazione dell'incompletezza delle problematiche della scienza del diritto amministrativo, e la proposta che occorresse mettersi alla scoperta di nuove problematiche (§ 12 e ss.).

Già allora fu chiesto all'autore perché avesse attinto alla fonte delle nuove scuole di logica la nozione di problematica, e la avesse inserita, quasi di prepotenza — gli si disse — nelle scienze giuridiche. Essendo poi il problema del metodo una specie di chiodo fisso, gli si chiese se con questo passaggio non insinuasse un'istanza di revisione degli elaborati di metodologia giuridica, quali almeno allora circolavano. Allora l'autore non sapeva rispondere agli interrogativi, avendo troppo rispetto per la filosofia da temere come avventurosa ogni escursione nelle terre che le pertenessero. Oggi pensa che un soddisfacente avvio alla risposta è stato dato da Bobbio, Scarpelli, e altri più giovani filosofi del diritto.

7. Scoprire nuove problematiche era possibile in quanto ci si impegnasse in precise analisi giuridiche del mondo reale delle amministrazioni pubbliche; in questo senso nello studio si indicava in V. E. Orlando il capofila che aveva mostrato come il possesso sicuro di un complesso di nozioni teoriche potesse servire in quanto non lo si appli-

casce ad un oggetto consistente in altre nozioni teoriche, ma direttamente al mondo reale. Era quel che Capograssi avrebbe poi indicato come il tenere i due capi della corda: conoscenza e approfondimento della teoria e della dogmatica, finalizzazione di tale conoscenza all'indagine dell'esperienza giuridica. Era, in fondo, l'avvertimento, ricorrente nella storia del pensiero delle nostre discipline, di guardarsi dal teoreticismo: oggi la fase che si attraversa ne dequota il valore, anche se non va rallentata la vigilanza; allora invece aveva un preciso e consistente significato, sia di fronte all'evasione nella dogmatica, sia di fronte agli innovatori nostrani, che erano solo dei confusionari di provincia; erano, come si diceva dianzi, due dei modi di reagire alla realtà in trasformazione.

Vi era però un'altra corda a due capi: si diceva che la scienza del diritto amministrativo, pubblico in genere, inserita nelle scienze giuridiche dovesse trovarsi proprie problematiche e non prendere riporti acritici da altre scienze; ma insieme si diceva che dovesse pure strettamente collegarsi ad altre scienze più evolute e non chiudersi in sé stessa.

Più di un cacciatore di farfalle giuridiche aveva ritenuto che ciò fosse contraddittorio, e ancor lo ritiene. È invece che sono proprio due vie parallele, e ciò ancor forse merita una spiegazione.

La teoria generale e la dogmatica positiva si erano certamente formate, sino ad allora, con gli apporti delle scienze del diritto privato e processuale civile; la scienza del diritto pubblico, pur con gli enormi risultati raggiunti, era rimasta tuttavia discosta, e storicamente ciò si spiegava, considerando che aveva avuto dinanzi un enorme terreno incolto, laddove le altre due discipline avevano scolari culture di impianto. Per un effetto di induzione circolare, non poteva non accadere che la scienza del diritto pubblico, dovendo ricorrere alla teoria generale, trovasse in questa ciò che vi era, ossia dei costrutti di origine della scienza giusprivatistica. Di qui la deformazione che questi costrutti, applicati all'oggetto della scienza giuspubblicistica, venivano a dare all'oggetto stesso. La deformazione dell'oggetto, per conseguenza ulteriore, deformava la realtà giuridica positiva; donde le reazioni anarchiche della prassi applicativa, le quali potevano giungere talora a risultati quasi anomici (la storia della prassi degli organi finanziari e degli organi di polizia, ne sono da noi esempi chiari).

Qui dunque l'origine dell'avvertimento di usare con cautela strumentari, che apparendo di teoria generale, erano invece solo di genesi privatistica. Per fare un esempio, la teoria dell'atto amministrativo, quale elaborato da Kormann in Germania, da Trentin in Italia, trovava i giudici amministrativi e le amministrazioni su nette posizioni di ripulsa, perché deformanti l'oggetto. Ciò che si raccomandava era quindi una scelta oculata delle nozioni di teoria generale, che potessero ser-

vire ad elaborare gli oggetti delle scienze giuspubblicistiche in costrutti adeguati, distinti da quelli di altri rami della normazione positiva.

Nel contempo però si avvertiva che era rischioso porsi su di una via, che in nome dell'autonomia della scienza portasse alla chiusura della scienza. Vi era, a quel tempo, un esempio che colpiva tutti, di vicenda occorsa in altra scienza giuridica: quella del diritto penale, diventata una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati. La scienza del diritto pubblico non era in questa situazione, però una tendenza quantomeno all'indigenismo esisteva. Il senso della tesi era che dalle altre più evolute discipline giuridiche essa dovesse prendere quanto necessario ai fini di una revisione e di una integrazione della teoria generale; era, in altre parole, la riaffermazione dell'unità delle scienze giuridiche nella teoria generale. Non era quindi né un discorso nuovo né un discorso volto ad altre discipline; questa volta si rivolgeva ai cultori della scienza del diritto pubblico.

8. Così chiarito il nesso tra le due parti dello studio, ed i loro significati genetici, detto che la prima parte ha valore storico, occorrerebbe passare ad una rivisitazione quanto meno della seconda. È però da constatare che le due principali linee ricostruttive della vicenda storica ivi esposte sono state accettate dagli studi successivi: quella dell'importanza europea del *Polizeirecht* e della cameralistica come una delle matrici del diritto amministrativo e della scienza relativa, e quella dell'origine dalla matrice pandettistica delle elaborazioni di questa scienza, che le hanno dato la consapevolezza scientifica.

Ulteriori ricerche, anche tedesche, hanno singolarmente arricchito le prospettive allora delineate; per cui, oggi, lo studio andrebbe totalmente riscritto, poiché in più luoghi presenta enunciazioni troppo elementari. Per quanto riguarda l'Italia, mi riferisco ai contributi del gruppo di giovani studiosi che fanno capo all'ISAP e alla FISA. Inoltre nello studio hanno poco spazio i profili attinenti al collegamento tra movimenti sociali, ideologie politiche e teorie giuridiche, tema che doveva solo dopo la guerra balzare in primo piano, peraltro al punto da divenire quasi obliterante di altri aspetti: va soggiunto che, ad opinione dell'autore, queste ricerche non sono soddisfacenti, in quanto impostate su problematiche o elementarmente preteritorie o dispersivamente storiografiche.

Sono poi apparsi studi sulla personalità scientifica e le opere di parecchi giuristi italiani; insieme a quelli apparsi in altre letterature, oggi si possiedono molte illuminazioni episodiche su frammenti che occorrerebbe comporre, con l'avvertenza che altro può essere la sintesi ricostruttiva su una scuola o su una corrente, altro quella su singole personalità di studiosi.

9. Sotto questo aspetto l'autore dovrebbe esser contento: se due sue ipotesi camminano, vuol dire che non erano inutili. Tuttavia quel

che più interessava all'autore erano le nuove problematiche: la riflessione sul passato gli serviva a capire il presente e ad indicare una via per il futuro. È forse questo l'aspetto che più interessa i giovani studiosi che lo hanno stimolato? In fondo sarebbe legittimo, e non da rammaricarsene.

Su questo aspetto le conclusioni dell'autore di oggi non sono affatto positive. Il suggerimento che aveva fatto non osava dirigersi agli studiosi della sua generazione e di quelle che lo precedevano. Tra i primi ve ne è stato uno, Pietro Gasparri, che prese decisamente la via delle nuove categorie, con studi di enorme interesse, che però hanno avuto la sorte di tutto l'indirizzo delle nuove categorie; comunque alcuni di questi studiosi seguivano la propria vocazione in modo ammirevole. Si dirigeva ai più giovani. Ma quanti, fra i più giovani, si sono posti veramente alla ricerca di nuove problematiche?

In tutte le discipline giuspubblicistiche messe insieme non si arriva a quindici nomi, alcuni — è vero — di risonanza internazionale. Un altro gruppetto di giovani si sta preparando. In tutto assai poco. Il sistema reale dei concorsi universitari ha in fatti favorito il gioco delle scuole provinciali più attardate, che, con alleanze fra loro, hanno portato in cattedra degli altri attardati, nel migliore dei casi degli scolastici acritici. Si potrebbe osservare che la scienza non cammina per platonici, e che questa vicenda si è avverata anche in passato (ma in modo meno intenso). Tuttavia, per il teorema di Pirro, la scienza del diritto amministrativo, nel suo complesso, non ha progredito secondo un ritmo soddisfacente, e in buona parte dei suoi cultori si attarda su posizioni ripetitive, di scuola. La scienza del diritto costituzionale è in situazione ancor più lamentevole; sola eccezione è la scienza del diritto tributario, ma perché ha ricevuto validi cultori da altre discipline.

Eppure le condizioni della materia di studio sarebbero quanto mai favorevoli. Con la fine del conflitto mondiale, le normazioni positive sono in movimento ovunque. Ovunque i confini tra diritto pubblico e diritto privato stanno divenendo mobili; ovunque l'attività costituzionale e amministrativa si stanno procedimentalizzando; ovunque le programmazioni e i provvedimenti amministrativi generali introducono nuove tecniche e nuovi rapporti.

Rispetto a queste vicende, tutte le scienze giuridiche sono sfasate contrariamente a quanto ci si poteva attendere, vi è una netta ripresa dell'indigenismo, per cui i privatisti ignorano i pubblicisti e viceversa; le poche eccezioni sono quelle dei pubblicisti che si sono posti sulla via delle nuove problematiche. Anche la scienza del diritto privato, pur avendo portato rigorosamente avanti la rilettura della sua dogmatica, non dà più contributi alla teoria generale, e l'eccezione di alcuni più anziani maestri ne costituisce conferma. Si è semmai invertita la tendenza, nel senso che il contributo pubblicistico alla teoria generale sia pur limitato, prevale rispetto a quello di altre discipline.

Le ragioni della contraddittoria situazione a cui oggi si assiste sono varie e opinabili. Senonché, a questo punto, cessa quanto è implicato dalla rilettura dei « Profili storici », che ci eravamo assegnati. L'autore doveva solo dar conto del perché riteneva e ritiene insoddisfacente l'avanzamento della scienza del diritto amministrativo, in relazione precipuamente alla scoperta e all'individuazione delle nuove problematiche. Oltre tale limite, si deborda nell'area che attiene alla condizione generale della scienza del diritto nella società in trasformazione del tempo di oggi.