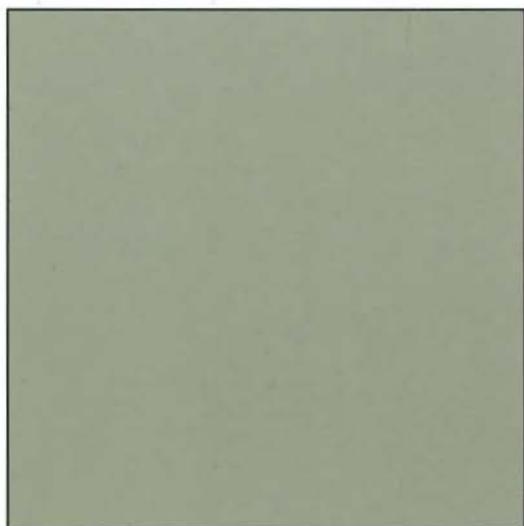


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

20



BERNARDO SORDI

**GIUSTIZIA E
AMMINISTRAZIONE
NELL'ITALIA
LIBERALE**

*LA FORMAZIONE
DELLA NOZIONE
DI INTERESSE LEGITTIMO*

giuffrè editore milano

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME VENTESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

20

BERNARDO SORDI

**GIUSTIZIA
E AMMINISTRAZIONE
NELL'ITALIA LIBERALE**

*LA FORMAZIONE DELLA NOZIONE
DI INTERESSE LEGITTIMO*



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-00754-3

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(1985) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

INTRODUZIONE (*)

L'interpretazione più diffusa e più autorevole dell'evoluzione degli istituti della giustizia amministrativa nell'Italia liberale individua nella legge abolitiva del contenzioso, nelle scelte del legislatore del 1865, soluzioni teoriche e normative che hanno condizionato in modo irrevocabile lo sviluppo dell'intero sistema di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione (1).

* Nella stesura del presente lavoro sono risultati particolarmente preziosi i colloqui con gli studiosi di diritto amministrativo: desidero qui ringraziare per le indicazioni ed i suggerimenti, i consigli e gl'incoraggiamenti, i professori Umberto Allegretti dell'Università di Firenze, Giorgio Berti dell'Università cattolica di Milano, Sabino Cassese dell'Università di Roma, Alberto Massera dell'Università di Macerata, Giovanni Miele dell'Università di Firenze.

Al professor Pierangelo Schiera e alla Direzione dell'Istituto storico italo-germanico di Trento va la mia gratitudine per gli ampi confronti interdisciplinari resi possibili nel corso degli intensi incontri trentini.

Un affettuoso e particolare ringraziamento devo ai professori Paolo Grossi e Maurizio Fioravanti, che con paziente assiduità e premurosa partecipazione hanno seguito, sostenuto, indirizzato continuamente il non sempre facile svolgimento della mia attività di ricerca.

Un commosso ricordo va infine ad un ormai lontano colloquio con il professor Enzo Capaccioli che, correlatore della mia tesi di laurea, mi spinse con partecipe interessamento a proseguire nella ricerca appena iniziata.

(1) Per questa interpretazione della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E « sul contenzioso amministrativo » si vedano in particolare M. S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 234-5; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *ibid.*, pp. 589 e ss.; A. PIRAS, *Gli istituti di giustizia amministrativa in Italia. (Appunti per una storia del problema)*, Milano, 1967, pp. 1 e ss. Cerchiamo di ricostruire i difficili e precari equilibri tra libertà e autorità che caratterizzarono le scelte del legislatore dell'unificazione nel 1° capitolo della 1ª parte del volume.

Nel disegno istituzionale fissato con l'unificazione potremmo così trovare non soltanto un chiaro primato dell'autorità sulla libertà, una consapevole ed avvertita sensibilità per le esigenze del potere, per l'autonomia « costituzionale » degli apparati amministrativi, ma persino le linee che determinarono l'accentramento successivo della tutela nel Consiglio di Stato ⁽²⁾, « le premesse del corso inesorabile che portò alla non istantanea, ma sicura costruzione del provvedimento imperativo » ⁽³⁾.

I giuristi si sarebbero quindi limitati ad esplicitare coordinate già presenti nel quadro normativo, a tradurre sul piano delle costruzioni dogmatiche modelli amministrativi che già animavano le scelte del legislatore, e la stessa figura dell'interesse legittimo, emersa nelle elaborazioni della scienza giuridica soltanto all'indomani della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, rappresenterebbe una categoria dogmatica facilmente individuabile negli itinerari legislativi che precedettero l'allegato E e le cui ramifi-

(2) G. BERTI, *Amministrazione autonoma e giustizia amministrativa nella legislazione unificatrice del 1865: il contributo del deputato Francesco Borgatti*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti e G. Miglio, *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1969, pp. 409 e ss. (Cfr. anche *infra* nota 9 - cap. 1°/1^a pt.).

(3) BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 602.

Gli equilibri istituzionali tra le competenze attribuite al giudice ordinario e quelle assegnate, a partire dal 1889, alla IV sezione del Consiglio di Stato (e poi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale) hanno segnato e segnano tuttora in modo irrevocabile non soltanto la storia del « riparto », le relazioni tra i diversi corpi giurisdizionali deputati, nel sistema italiano della tutela, alla risoluzione delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione, ma hanno condizionato in maniera assai rilevante — come vedremo nel corso del volume — anche gli stessi modi di formalizzare e sistemare la materia amministrativa, le stesse costruzioni dogmatiche del provvedimento, le stesse elaborazioni teoriche delle situazioni soggettive individuali nel loro scontro con il potere amministrativo. La stessa categoria « sostanziale » dell'interesse legittimo ed il carattere imperativo acquisito dal provvedimento amministrativo (sul punto fondamentale GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. I, in *Riv. dir. proc.*, XVIII (1963), pp. 530 ss.) rivelano un'imprescindibile natura « processuale », discendono in larga misura dall'assestamento definitivo di quegli equilibri istituzionali, dalla progressiva centralità acquisita nel sistema dal Consiglio di Stato.

cate radici già affondavano nel dibattito parlamentare del giugno 1864 (4).

Sarebbe naturalmente inesatto e fuorviante negare i forti elementi di continuità che caratterizzarono la vicenda della giustizia amministrativa, sottovalutare le ampie riserve a favore del potere, la consapevolezza delle esigenze dell'autorità che furono proprie del legislatore dell'unificazione, tanti sono i dati normativi, le esplicite ammissioni manifestate nelle lunghe tornate di Palazzo Carignano, che rivelano anche nei sostenitori del progetto abolitivo, nei Mancini, nei Borgatti, nei Boncompagni, una puntuale tutela della stessa « libertà » amministrativa, una meditata interpretazione dell'intrinseca duplicità del principio di divisione dei poteri (5).

Non si può quindi fare a meno di sottolineare l'importanza di un'interpretazione che ha svelato sostanziose valenze autoritarie anche sotto il mito del giudice unico e che ha ricondotto le scelte che interessarono la giustizia amministrativa alla complessità delle soluzioni istituzionali realizzate dal legislatore dell'unificazione, alle mediazioni, ai compromessi, ai difficili equilibri tra libertà e autorità, tra decentramento e accentramento, tra ideologie liberali e necessità politiche, tra modelli progettuali ed esigenze del paese che la classe dirigente risorgimentale fissò con le leggi di unificazione amministrativa (6).

(4) Per tutti si veda GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, pp. 506 e ss.

(5) Cfr. *infra* capitolo 1°/1^a pt. e sul principio di divisione dei poteri si veda M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XX (1970), p. 731: « la separazione dei poteri distacca e isola la legge dall'amministrazione e dalla giurisdizione, ma contemporaneamente fa dell'amministrazione una entità e un'attività a sé rispetto alla legislazione e alla giurisdizione ». « Lo Stato liberale e borghese dell'ottocento non è solo lo stato in cui i cittadini hanno conquistato il diritto di darsi le leggi, ma è anche quello in cui l'amministrazione ha acquistato il diritto di operare autoritativamente e autonomamente per la soddisfazione degli interessi concreti della comunità ».

(6) Si vedano in particolare gli scritti contenuti nei volumi degli *Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione* dedicati a *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, cit. e a *La giustizia amministrativa*, Milano, 1968, a cura di G. Miele, che avremo occasione di citare nei prossimi capitoli.

L'aver concentrato il punto focale della vicenda della tutela quasi esclusivamente nella legge abolitiva del contenzioso, nei suoi precedenti, nei suoi atti parlamentari, ha impedito tuttavia di apprezzare i significativi aggiustamenti, il mutare dei disegni concettuali e dei modelli amministrativi che il successivo itinerario degli istituti della giustizia amministrativa inevitabilmente doveva determinare.

Si è persa così la visione stereoscopica dell'evoluzione del pensiero giuridico liberale sui problemi della giustizia amministrativa, si sono guardati con sospetto i timidi tentativi di calare lo stesso processo che portò all'istituzione della IV sezione nei dibattiti, nelle suggestioni politiche e culturali che animarono dal profondo la riflessione sulla necessità d'integrare il sistema inaugurato nel 1865⁽⁷⁾, si è finito per appiattire le faticose costruzioni teorico dogmatiche dei giuristi nelle pieghe di un monolitico « metodo giuridico » affermatosi con la svolta orlandiana⁽⁸⁾ e scandito al suo interno da aggiustamenti tecnici, da aggiornamenti concettuali che di volta in volta prendevano posto in un tessuto unitario, omogeneo, coerente.

Le stesse voci degli Spaventa e degli Orlando, degli Scialoja e dei Mortara si sono confuse in un coro indistinto ed uniforme con le voci dei Romano e dei Ranalletti, dei Borsi e dei Donati, mentre tutt'al più figure di grande prestigio, come Federico Cammeo⁽⁹⁾, che tanta parte della loro attività culturale avevano dedicato ai problemi della giustizia amministrativa, pur nell'oblio quasi totale cui venivano condannate, meritavano il riconoscimento della

(7) Significativa a questo proposito la recensione di NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., al libro di G. M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, su cui *infra*, nota 6, cap. 3°/1ª pt.

(8) S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pp. 15 e ss.

(9) GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. I, pp. 523-4; pt. II, in *Riv. dir. proc.*, XIX (1964), pp. 16-19. Nella seconda e nella terza parte del volume cercheremo di ricondurre il coro indistinto della scienza giuridica a più precise e ramificate articolazioni interne.

vitalità e della ricchezza delle loro costruzioni dogmatiche, della profondità della loro elaborazione concettuale.

La storia della giustizia amministrativa, oltre l'interesse per le radicali alternative espresse all'atto dell'unificazione, si è quindi presto convertita in semplice ricostruzione degli equilibri del riparto, dalle lacune della legge del 1865, dai vuoti di tutela lasciati aperti dal sindacato del giudice ordinario sino alle decisioni della IV sezione, si è snodata lungo i giudicati della Suprema Corte sino a quel concordato che, stipulato tra Santi Romano, presidente del Consiglio di Stato, e Mariano d'Amelio, presidente della Corte di Cassazione, fissò agli inizi degli anni trenta di questo secolo un definitivo equilibrio giurisprudenziale, offrì una prospettiva operativa per orizzontarsi nelle perplessità esegetiche, nella difficoltosa, contraddittoria, incerta applicazione di un sistema giurisdizionale particolarmente tormentato⁽¹⁰⁾.

Lo stesso studio storico della giustizia amministrativa ha quindi richiamato per lo più difficili problemi tecnici, complesse questioni esegetiche, ha evocato controversie dal forte spessore dogmatico, dalla contrapposizione tra *petitum* e *causa petendi*⁽¹¹⁾, dalla difficile individuazione della tutela impartita dal giudice amministrativo alla controversa formalizzazione delle situazioni soggettive nel loro scontro con il potere, drammatizzata dall'inscindibile legame fissato con i problemi del riparto, con la necessaria ricerca del giudice competente.

Dimenticare o sottovalutare questi aspetti, questi profili non sarebbe possibile né corretto sullo stesso piano storiografico perché il solido spessore dogmatico, la rilevante componente tecnico giuridica degli istituti della giustizia amministrativa sono così compenetrati con la vicenda istituzionale, con la delineazione complessiva dei modelli e dei progetti amministrativi, che prescindere ne comporterebbe il condannarsi ad avere un quadro parziale e distorto della

⁽¹⁰⁾ Fra le opere più recenti che ricostruiscono questo itinerario assai utili i volumi di V. CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, 1979. Sul concordato D'Amelio-Romano cfr. *infra* nota 8, cap. 4^o/3^a pt.

⁽¹¹⁾ Cfr. *infra* cap. 2^o/2^a pt. paragrafo 1^o.

vicenda stessa, il rinunciare a cogliere l'intima connessione che la formalizzazione dei principi generali ha avuto con le minute questioni interpretative, con i concreti problemi del riparto delle giurisdizioni, tagliare il vincolo indissolubile che unisce note a sentenza e trattati, prospettive esegetiche e grandi tematiche ricostruttive.

La giustizia amministrativa costituisce quindi una vicenda in cui storia e diritto, cultura politica e cultura giuridica, modelli progettuali ed assetti dogmatici sono così intimamente connessi che discernere gli uni dagli altri, afferrare le soluzioni tecniche, penetrare la vita degli istituti giuridici alla luce di quei modelli e di quei progetti risulta ad ogni passo un tentativo disseminato di difficoltà, irto di barriere superabili soltanto con grande fatica, ma che al tempo stesso costituisce un invito pressante, uno stimolo continuo a cercare di « comprendere » il diritto con la storia e reciprocamente la storia col diritto, in uno sforzo concettuale che apre affascinanti prospettive di ricerca, svela complessità facilmente intuibili, ma altrettanto difficilmente restituibili nella gamma inesauribile dei toni e delle gradazioni, degli spessori e dei significati.

La presenza ineliminabile di un guscio duro, di uno zoccolo dogmatico scarsamente significante per il non giurista ha allontanato dallo studio della giustizia amministrativa una riflessione storiografica che pure aveva sapientemente compreso l'essenzialità delle esperienze istituzionali per intuire a pieno la complessità dell'Italia liberale e che per prima aveva individuato con grande sensibilità, anche in dinamiche dall'evidente componente giuridica come quella decentramento-accentramento, fratture ideologiche e regionali, modelli istituzionali e culturali, « scoperta » del paese e faticosa costruzione dello Stato unitario⁽¹²⁾.

La persistente attualità del vetusto volume di Antonio Salandra su *La giustizia amministrativa nei governi liberi*⁽¹³⁾ — ancor'oggi imprescindibile punto di riferimento per la stessa ricostru-

(12) Per le indicazioni relative alla letteratura storiografica sul decentramento rinviamo *infra* nota 5, cap. 2°/1^apt.

(13) A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904. Sull'utilizzazione che faremo nel corso di questo lavoro del volume di Salandra si vedano le precisazioni riportate alla nota 5, cap. 1°/1^a pt.

zione degli itinerari legislativi e dei dibattiti dottrinali — dimostra evidenti assenze storiografiche, conferma la difficoltà dei giuristi a rendere comunicativa agli storici la rilevanza della vicenda e la ritrosia degli storici stessi a confrontarsi con essa.

Occorreva quindi recuperare una più intima compenetrazione tra storia e diritto, rileggere le fonti non per delinearne nuove ipotesi di ricostruzione dogmatica, ma per riscoprire nelle pieghe degli istituti della giustizia amministrativa un prezioso scandaglio storiografico, un'occasione unica per rivisitare incontri e scontri di assetti costituzionali e di modelli progettuali, per cogliere dall'interno le linee dei disegni istituzionali della classe dirigente liberale, i significati e le valenze di quel modello del *Rechtsstaat* che animò tutta la riflessione di giuristi e politici sullo Stato e sulle istituzioni.

Le soluzioni normative e gli indirizzi giurisprudenziali, le elaborazioni concettuali e le costruzioni dogmatiche andavano rilette non solo in funzione del perfezionamento delle tecniche e degli strumentari teorici utilizzati dai giuristi nel sistemare i dati offerti dall'ordinamento positivo, ma per svelare, nello snodarsi della vicenda della giustizia amministrativa, anche il mutare degli equilibri tra Stato e cittadino, tra diritto e politica, per rilevare il lento formarsi di analisi capaci di mettere a nudo la precaria legittimazione della classe dirigente, per registrare l'evoluzione dei modelli amministrativi, il mutare del ruolo e delle funzioni degli apparati nel sistema politico costituzionale ⁽¹⁴⁾.

(14) Il tentativo di prospettare un'ipotesi di lavoro per quanto possibile non condizionata da approcci formalistici alla realtà giuridica dello Stato liberale ha richiesto che l'indagine non si limitasse soltanto agli autori e alle problematiche più affini all'itinerario della giustizia amministrativa: la ricerca di un inquadramento più complessivo della vicenda all'interno di una tematica generale di modelli amministrativi spiega l'attenzione dedicata alle origini del « germanismo amministrativo » (cap. 2°/1^a pt.), all'esame di quelle fonti tedesche che ispirarono in modo rilevante il dibattito che investì la globalità dei rapporti tra Parlamento e amministrazione. Per gli stessi motivi la ricostruzione del dibattito degli anni '80 (cap. 3°/1^a pt.) si è estesa anche a quegli autori come Pasquale Turiello e Gaetano Mosca nei quali, se gli aspetti tecnici della giustizia amministrativa sfumavano perdendo rilievo ed incisività, la dimensione amministrativa recuperava una sua particolare pregnanza inserendosi in più ampi disegni politici.

Esisteva quindi più di un motivo per ripercorrere l'itinerario che tra riforme istituzionali e cultura giuridica, tra soluzioni giurisprudenziali e dibattiti politici aveva accompagnato, sino al drammatico declino, gli intensi decenni dell'Italia liberale, per verificare su di un tema tanto tecnicizzato, ma anche tanto carico di intrinseci valori « costituzionali », tanto significativo delle relazioni tra Stato e società, tra amministrazione e cittadino, se le precarie mediazioni tra libertà e autorità, tra garanzia e supremazia, tra diritto soggettivo e autonomia amministrativa, fissate dal legislatore dell'unificazione, avessero potuto resistere senza sussulti alle profonde trasformazioni che avevano investito lo Stato e la società liberali.

Era necessario in particolare accertare se la pressoché inalterata vigenza nello stesso ordinamento repubblicano delle leggi fondamentali del Regno d'Italia sulla giustizia amministrativa, la recezione costituzionale della distinzione tra diritto ed interesse legittimo dimostrassero, in un settore in cui pure si scaricavano conflitti e contraddizioni crescenti, una rilevante autonomia del « giuridico »; si doveva cioè verificare se un sottile, ma non interrotto filo rosso, sostanziose ed ineliminabili linee di continuità collegassero la precoce apparizione della distinzione tra diritto e interesse nei progetti del ministro degli interni del Regno sardo Galvagno⁽¹⁵⁾ a quella distinzione tra diritto e interesse legittimo che negli articoli 24, 103 e 113 della costituzione del 1° gennaio 1948 identifica ancora oggi la peculiarità del sistema italiano di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

La rigida continuità rivendicata dalla scienza giuridica, l'intimo collegamento delle costruzioni dogmatiche con i dati normativi offerti dall'ordinamento positivo lasciavano supporre l'esistenza di un itinerario tutto giuridico, scandito da tappe indubbiamente significative, ma segnate soltanto da progressivi affinamenti concettuali, da una crescente capacità della *scientia iuris* di formalizzare le relazioni tra amministrazione e cittadino, di fissare elementi interpretativi e soluzioni giurisprudenziali all'interno di un sistema dall'inattaccabile valore dogmatico.

Si poteva ipotizzare cioè che anche per la vicenda della giustizia amministrativa la cesura più significativa, la svolta più rile-

(15) Cfr. *infra* nota 7, cap. 1°/1^a pt.

vante nella cultura giuridica ottocentesca di diritto pubblico dovesse essere individuata nelle celebri prolusioni metodologiche orlandiane⁽¹⁶⁾, nel momento in cui la capacità costruttiva della scienza giuridica, la consapevole utilizzazione degli strumentari dogmatici del diritto privato avevano permesso alla stessa letteratura amministrativistica di consegnare al passato « eccessi » esegetici ed « eccessi » filosofico politici per imboccare saldamente la via di una teoria generale che fosse al tempo stesso una teoria esclusivamente giuridica.

Ci si sarebbe interrogati ancora sul significato della svolta orlandiana, ci si sarebbe chiesti se il « metodo giuridico » svelasse valenze autoritarie o garantiste, se il formalismo nascondesse una adesione acritica ad un sistema politico elitario e scarsamente rappresentativo, esprimesse il rifiuto della politica e delle ideologie contrattualistiche o se invece costituisse una chiara difesa del modello liberale ed una convinta edificazione dello « Stato giuridico »⁽¹⁷⁾.

Le vivaci alternative interpretative che avevano diviso la riflessione dei giuristi sui temi della giustizia amministrativa avrebbero recuperato così la loro logica intrinsecamente giuridica, avrebbero giustificato il disinteresse degli storici e spiegato la prevalente attenzione dei più avvertiti giuristi di diritto positivo che, consapevoli della formazione « onoraria » e dottrinale di gran parte del nostro diritto amministrativo, ricercavano nelle pagine del passato spunti e conferme per costruzioni dogmatiche da proporre per l'oggi, per l'interpretazione dell'ordinamento vigente⁽¹⁸⁾.

Ricondotti i dibattiti e le contrapposizioni, le suggestioni ed i modelli all'uniformità di un quadro sincronico o ad una diacronia scandita soltanto dal raffinarsi e dal depurarsi delle tecniche inter-

(16) V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, prolusione tenuta all'Università di Palermo l'8 gennaio 1889, ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 3 e ss. Le altre prolusioni furono pronunciate nel 1885 all'Università di Modena col titolo *Ordine giuridico ed ordine politico* e nel 1886 all'Università di Messina: *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*.

(17) Sul modello orlandiano cfr. *infra* cap. 2°/2^a pt. paragrafo 1°.

(18) Oltre alle opere citate *retro* (nota 1 e 10) significativa l'ampia esposizione storica della vicenda che si può trovare in NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983 (I ed. 1976), pp. 67 e ss..

pretative e delle capacità sistematiche, l'itinerario della giustizia amministrativa nell'Italia liberale, salvo qualche isolata epifania — il discorso di Pasquale Stanislao Mancini alla Camera o quello di Silvio Spaventa all'Associazione costituzionale di Bergamo ⁽¹⁹⁾ —, sarebbe ripiombato nel grigiore e nella polvere di manuali e trattati, di articoli e di note a sentenza definitivamente dimenticati o tralattivamente citati a conforto di questa o quest'altra costruzione teorica.

Contro uno schema interpretativo che si muovesse unicamente secondo queste linee, contro un'ipotesi di lavoro disponibile soltanto a ricostruire un itinerario dogmatico chiuso nei ben delimitati recinti della *scientia iuris*, contro un'ipotesi anch'essa essenzialmente formalista, si opponeva tuttavia l'intima politicità, l'intrinseca storicità che la vicenda della giustizia amministrativa continuamente svelava nel suo snodarsi lungo l'arco cronologico dell'Italia liberale.

La vicenda si caricava cioè di contenuti non riducibili soltanto agli equilibri del riparto, a logiche giurisprudenziali e a motivazioni esegetiche e tecnico giuridiche, si animava di opzioni, di soluzioni, di scelte che investivano la globalità dei modelli amministrativi, i disegni costituzionali, la consapevolezza dei processi di trasformazione della società e delle istituzioni.

Nessun dubbio naturalmente esisteva neppure in passato sul fatto che tra l'età della Destra e l'età della Sinistra la vicenda avesse espresso tutto questo, se la vecchia formula del « movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'amministrazione » ⁽²⁰⁾ aveva conosciuto diffusione e fortuna crescenti nelle pagine di coloro che si erano proposti di ricostruirne l'itinerario e se era a tutti evidente che la letteratura di quegli anni aveva visto affiancarsi agli interventi dei giuristi, che tentavano di fissare le linee del sistema di giurisdizione unica, il consistente *corpus* degli scritti degli Spaventa e dei Minghetti, degli Arcoleo e dei Salandra, dei Mosca e dei Turiello, se cioè tematiche costituzionali e disegni pro-

⁽¹⁹⁾ Cfr. *infra* rispettivamente cap. 1°/1^a pt. paragrafo 1° e cap. 3°/1^a pt. paragrafo 1°.

⁽²⁰⁾ Su questa formula che risaliva a Salandra cfr. *infra* nota 2, cap. 2°/1^apt.

gettuali, studi comparativi ed analisi politiche erano ampiamente confluite nei dibattiti che avevano investito la necessità di ritoccare le scelte del legislatore dell'unificazione.

Occorreva certo individuare all'interno del « movimento » polarità e contrapposizioni, svelare sotto un linguaggio giuridico-politico comune, sotto il rinvio alle medesime fonti culturali, sotto la patina uniforme del « germanismo amministrativo », l'origine ed il significato di una così rilevante paternità culturale, l'articolarsi dei progetti amministrativi, il diverso concretarsi nelle pieghe della riflessione italiana delle suggestioni e dei modelli stranieri, comprendere le valenze e le linee generali di una così intensa e diffusa riflessione sullo Stato e sulle riforme istituzionali, di una così ricca disponibilità ad analizzare dinamiche politiche e sociali, a confrontarsi con più ampie esperienze europee ⁽²¹⁾.

Rimaneva tuttavia il difficile nodo interpretativo della precoce formalizzazione del dibattito, dell'affievolirsi della letteratura sul parlamentarismo con la riconquistata coesione della classe dirigente liberale dopo la svolta protezionistica del 1887 ed il rassicurante avvio dell'età crispina: alla ricchezza delle contrapposizioni degli anni '80 si sostituiva, nei primi momenti successivi all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, il rifiorire impetuoso di una letteratura minuta fitta di questioni esoteriche, impregnata di perplessità interpretative.

Preannunciata dai dibattiti parlamentari sul disegno di legge Crispi di riforma delle attribuzioni del Consiglio di Stato e dal solido discorso inaugurale di Silvio Spaventa, la fase della sistemazione giuridica iniziava all'insegna di povertà culturali e di incertezze giurisprudenziali che non mancheranno di pesare sulla contraddittorietà di un sistema di tutela che le « prudenti » scelte del legislatore avevano solo sommariamente determinato ⁽²²⁾.

La rilevanza « costituzionale » della vicenda si acquietava così nella prima metà degli anni '90 nel momento in cui i giuristi, recuperato il monopolio quasi esclusivo delle tematiche della giustizia amministrativa, elaboravano quelle categorie dogmatiche che

⁽²¹⁾ L'intera tematica sarà affrontata nei capitoli 2° e 3° della parte 1ª.

⁽²²⁾ Cfr. *infra* cap. 5°/1ª pt. e cap. 1°/2ª pt.

costituiranno negli anni successivi l'asse portante delle future teorie generali.

La scienza giuridica si dotava di questo nuovo strumentario dogmatico, prendeva familiarità con le categorie della *causa petendi*, del *petitum*, dell'eccesso di potere, dell'atto politico, dello stesso interesse legittimo, in una prospettiva dominata da necessità interpretative che rispondevano ad esigenze immediate di operatività del sistema, al difficile compito cui era chiamata la giuspubblicistica nell'individuare una razionalità concreta nelle contraddittorie disposizioni dell'ordinamento positivo, nel coordinare la centralità del giudice ordinario fissata nel 1865 con la necessaria delimitazione delle competenze del nuovo giudice amministrativo.

La stessa emersione nei primi scritti amministrativistici del giovane Oreste Ranalletti della categoria dell'interesse legittimo rimaneva direttamente funzionale alla soluzione di un difficile problema interpretativo, conservava in modo indelebile un intrinseco carattere di « espediente » esegetico ⁽²³⁾.

L'interesse legittimo sintetizzava così continuità evidenti con gli equilibri fissati con l'unificazione, evocava la vecchia sfera dell'amministrazione pura, spazi di tutela lasciati scoperti dal sindacato del giudice ordinario, rinnovava terminologie desuete, rivelava già quell'intreccio fisiologico tra supremazia del potere e accessorià della tutela dell'interesse privato che ne caratterizzerà la successiva controversa elaborazione concettuale, mostrava inequivocabilmente anche i segni di un progetto maturato negli anni '80 per difendere in primo luogo la stessa amministrazione, per isolare il polo istituzionale dalla precaria instabilità del politico.

In controtuce tuttavia, sullo sfondo delle alternative interpretative, della scelta tra linea « sostanziale » e « processuale », tra *causa petendi* e *petitum*, si intuivano già posizioni dialettiche che non investiranno soltanto i criteri e l'assetto del riparto, la pluralità delle possibilità esegetiche, ma la stessa globalità « costituzionale » dei modelli e dei progetti amministrativi.

Il riemergere prepotente, questa volta filtrato nelle discussioni della scienza giuridica, nei processi di costruzione e sistemazione dogmatica, delle forti polarità che già avevano caratterizzato

(23) Rinviamo ancora *infra* cap. 2°/2^a pt. paragrafo 2°.

il dibattito degli anni '80 segnerà presto nuove e più significative contrapposizioni ⁽²⁴⁾.

L'analisi della sistemazione teorica, che nel quindicennio che intercorre tra la seconda metà degli anni '90 ed il primo decennio del secolo fissa per gli istituti di giustizia amministrativa modelli concettuali ancora oggi così familiari, ci permette, infatti, non soltanto di chiarire le linee di uno sviluppo dogmatico, di registrare l'affinarsi delle tecniche e degli strumentari giuridici, ma ci offre anche un preziosissimo scandaglio storiografico per cogliere attraverso la voce dei giuristi l'aggiornamento degli equilibri costituzionali, il nuovo ruolo attribuito agli apparati amministrativi, le trasformazioni che interessano la società e le istituzioni nella delicata fase di passaggio tra i due secoli.

I modelli tradizionali, gli equilibri consolidati tra giurisdizione soggettiva e oggettiva, tra diritto soggettivo e autonomia degli apparati, tra centralità del giudice ordinario e strumenti di tutela interni alla stessa amministrazione, trovano compiute e sofisticate sistemazioni dogmatiche nelle pagine di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara.

Il progetto degli anni '80, il primato dell'istituzionale sul politico, l'equilibrata conciliazione tra il rafforzamento del polo istituzionale e la conservata centralità del Parlamento si traducono, nell'assetto concreto degli istituti dello « Stato giuridico », in schemi teorici che non rinunciano al primato della legge, alla centralità del giudice ordinario e del diritto soggettivo, al tentativo di ricondurre la specialità del diritto degli apparati alla razionalità dei rapporti giuridici di diritto comune, si convertono in soluzioni interpretative che non travolgono il sistema di giurisdizione unica, ma ne « completano » le deficienze garantiste, le denunciate insufficienze della tutela.

Tuttavia, proprio quando i modelli del legislatore del 1865, i progetti che nei dibattiti degli anni '80 avevano preso corpo nelle pagine degli Spaventa e dei Minghetti, degli Arcoleo e degli Or-

(24) L'analisi delle alternative interpretative emerse nella scienza giuridica sul finire del secolo parallelamente ad un intenso confronto tra vecchi e nuovi modelli amministrativi sarà oggetto del 3° capitolo della 2^a parte.

lando, incontravano una compiuta consacrazione in sistemazioni teoriche dal rilevante impegno dogmatico, le mediazioni tradizionali tra Parlamento e amministrazione, tra diritto e politica, tra giurisdizione ordinaria e amministrativa s'imbattevano nella realtà istituzionale in sempre più evidenti smentite, si scontravano contro la prepotente rivendicazione degli apparati ad un ruolo più autonomo e decisivo.

Sono ancora una volta gli interpreti più consapevoli delle trasformazioni in atto, più avvertiti dell'ampliarsi delle funzioni amministrative, delle diverse relazioni che si venivano fissando tra Stato e sviluppo economico, più convinti della necessità di percorrere nuove strade per garantire alla precaria *leadership* della classe dirigente liberale più sicuri strumenti di legittimazione, a sviluppare in nuovi modelli amministrativi valutazioni di lungo periodo, ma anche allarmate e contingenti registrazioni del crescere impetuoso delle tensioni e dei conflitti che scuotono il corpo sociale nell'incandescente fluire della « crisi di fine secolo ».

A cavallo tra '800 e '900, in una fase in cui la trasformazione delle istituzioni conosce una vigorosa accelerazione, in cui i processi di « statualizzazione » della società e di « socializzazione » dello Stato svelano un decisivo « aumento della complessità del mutamento sociale e politico, culturale e organizzativo »⁽²⁵⁾, in cui la crescita dei fenomeni di burocratizzazione fonda un definitivo primato dell'amministrazione sulla costituzione, i giuristi rivelano una straordinaria capacità di analisi, aggiornano i loro modelli di fronte all'incipiente crisi dello Stato.

E proprio in questo momento in cui continuità e rotture, globalità dei modelli ed assetti dogmatici, progetti ed elementi esegutici si scontrano e si fondono, crediamo possa essere individuata una rilevante e decisiva cesura che segna in modo irreversibile anche l'intera vicenda della giustizia amministrativa, che a livello teorico prima, ampiamente recepita a livello giurisprudenziale poi, altera radicalmente il disegno dell'unificazione, getta le basi di quell'im-

(25) R. RUFFILLI, *Introduzione a Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, a cura dello stesso Ruffilli, Bologna, 1979, p. 9, al quale rinviamo per un esame critico delle periodizzazioni che la più recente storiografia ha individuato per i processi di trasformazione dello Stato cui accenniamo nel testo.

poverito sistema di tutela che ancora oggi caratterizza la giustizia amministrativa italiana.

Il solido primato dell'amministrazione, l'assoluta centralità che nel sistema del diritto amministrativo gli apparati conquistano sulle istituzioni rappresentative, svelano naturalmente significativi precedenti, si collegano a quella autonomia costituzionale sancita per il potere amministrativo sin dal 1865, ma deformano anche il disegno moderato che da Mancini a Spaventa, da Orlando a Mortara aveva cercato di contemperare legge e attività amministrativa, diritto soggettivo e libertà dell'amministrazione.

La centralità del giudice amministrativo, l'imperatività del provvedimento, la costruzione di un diritto amministrativo fortemente condizionato dai profili autoritari, refrattario a contenuti paritari, costruito intorno ad una rigida supremazia e autonomia dell'amministrazione, garantita da un proprio sistema giurisdizionale che amplifica e cementa la specialità e l'autonomia dell'intero ordinamento amministrativo, s'impongono solo ora nelle elaborazioni della scienza giuridica, si fissano solo in questo momento nei modelli amministrativi, non possono essere retrodatati in modo artificioso alle linee teoriche che presiedettero all'abolizione del contenzioso, non possono essere rintracciati nei discorsi parlamentari di Mancini o nella relazione di Borgatti ⁽²⁶⁾.

Proprio per questo ci è sembrato solo relativamente significativo approfondire le lontane parentele culturali della nozione di interesse legittimo, cercare la fortuna della linea « sostanziale » già a monte della legge del 1865, istituire forzate connessioni con la distinzione tra diritto e interesse che il legislatore dell'unificazione aveva tratto da una consolidata terminologia della scienza amministrativistica francese con la quale De Broglie prima, ma in particolare Firmin Laferrière e Vivien poi avevano formalizzato il discrimine tra rilevante ed irrilevante giuridico, tra amministrazione contenziosa e amministrazione pura ⁽²⁷⁾.

Il significato « costituzionale » della nozione d'interesse legittimo non può infatti essere individuato nel concretarsi di un con-

⁽²⁶⁾ E che pure — come diciamo nel cap. 1°/1^a pt. paragrafo 1° — non sottovalutarono le esigenze dell'amministrazione.

⁽²⁷⁾ Si vedano comunque le pagine dedicate alla recezione della distinzione tra diritto e interesse nel paragrafo 1° del cap. 1°/1^a pt.

tenzioso di annullamento, che più e meglio esprimeva la tesi del *petitum*, non può consistere nella brillante soluzione di una difficile questione esegetica, non si celebra cioè con la prima apparizione della formula negli scritti giovanili di Oreste Ranalletti, ma nel momento in cui l'interesse legittimo approda alla teoria generale, diventa l'asse portante di una più complessiva sistemazione dogmatica che rifiuta le mediazioni tradizionali, riscopre la necessità e la libertà degli apparati amministrativi, quell'originarietà del potere che permette di consolidare l'autonomia scientifica del diritto amministrativo, ma anche la specialità di un ordinamento che si caratterizza per deroghe sempre più rilevanti all'ordinamento comune ⁽²⁸⁾.

L'intreccio dogmatico che si fissa nelle pagine di Santi Romano e negli scritti ranallettiani di più rilevante impegno teorico, il collegamento indeclinabile tra interesse legittimo e potere discrezionale, l'utilizzazione consapevole per la formalizzazione dei rapporti amministrativi del pandettistico *Abschwägung der Rechte* ⁽²⁹⁾, s'inseriscono in una profonda revisione che investe le stesse relazioni tra legge e attività amministrativa, in una ridefinizione della posizione costituzionale degli organi amministrativi che adopera e aggiorna la vecchia teoria della « libertà » dell'amministrazione non più per esprimere un anacronistico *monarchisches Prinzip*, ma per affermare un solido primato degli apparati amministrativi, per sancire che solo l'amministrazione rappresenta l'« unica funzione essenziale » tra i poteri dello Stato.

Nel momento in cui la discrezionalità diventa attività, l'attività amministrativa per eccellenza, e si afferma la cedevolezza delle situazioni soggettive nei confronti del potere, la centralità che il giudice amministrativo conquista — per il momento a livello teorico — non esprime soltanto la conclusione della lunga lotta del riparto, l'approdo ad una possibile soluzione istituzionale, ma consacra anche il coronamento dell'originarietà dell'ordinamento amministrativo, sanziona la capacità dell'amministrazione di autolegittimare il proprio operato.

⁽²⁸⁾ Cfr. *infra*, cap. 1°/3^a pt.

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda la nota 67, cap. 2°/2^a pt.

L'approdo dell'interesse legittimo alla teoria generale, l'abbandono dell'originaria natura di « espediente » esegetico per assumere quella ben più impegnativa di categoria fondamentale dei rapporti di diritto amministrativo vanno quindi calati all'interno di un nuovo modello i cui oggetti polemici non sono costituiti soltanto dal diritto soggettivo e dal giudice ordinario, ma in primo luogo dalla legge e dal Parlamento.

L'interesse legittimo si afferma come categoria fondamentale sull'onda di un progetto che, pur non rifiutando le coordinate esteriori del *Rechtsstaat*, ne realizza tuttavia dall'interno una sostanziale revisione, modifica equilibri consolidati, proclama l'assoluta centralità degli apparati amministrativi nel sistema politico costituzionale.

La teoria della « libertà » dell'amministrazione diventa una potente valvola per consolidare la specialità delle forme d'azione del potere pubblico, per stabilire il principio generale dell'esecutorietà degli atti amministrativi, per stravolgere gli equilibri del riparto, per ricondurre il giudice ordinario ad un ruolo residuale e marginale nell'ordinamento amministrativo.

La centralità, che l'interesse legittimo conquista nella « teoria generale dei rapporti di diritto amministrativo »⁽³⁰⁾, esprime sul piano delle situazioni soggettive il raggiunto primato del potere discrezionale, fissa le linee autonome e peculiari in cui si estrinseca il rapporto tra cittadino e potere, la specialità e la povertà della tutela, registra il progressivo esautoramento del diritto soggettivo dai rapporti amministrativi, la tendenza dell'amministrazione a proclamare la propria « libertà dal diritto », l'originarietà delle facoltà attribuitele, l'essenzialità e l'insostituibilità del potere discrezionale.

Il costrutto del diritto affievolito viene così puntualmente a formalizzare la nuova soggezione del cittadino agli apparati e alla gerarchia, la rinnovata autonomia dell'amministrazione, il rifiuto del modello dell'esecuzione di legge e la possibilità di fare a meno delle capacità di legittimazione offerte dalla norma all'esercizio del potere: nuovi e speciali veicoli di legittimazione si aprono all'interno dello stesso ordinamento amministrativo.

(30) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, pp. 30 e ss.

Le possibilità di tutela che naturalmente anche la nozione d'interesse legittimo esprimeva, la giuridicizzazione dell'amministrazione pura ed il riconoscimento della generale azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti del potere amministrativo, s'inseriscono così in un vigoroso processo di pubblicizzazione, in un vistoso accentuarsi dei caratteri speciali dei modi e delle forme d'azione del potere pubblico, che traducono sul piano della sistemazione dogmatica i nuovi modelli amministrativi, affermano la centralità del Consiglio di Stato, fissano nuovi equilibri del riparto, riconducono le esigenze della tutela all'interno del potere, sottraggono in modo progressivo le controversie amministrative al sindacato del giudice di diritto comune.

L'originarietà dell'ordinamento della pubblica amministrazione, la formalizzazione del rapporto giuridico amministrativo secondo categorie e costrutti che rivendicano il loro carattere specificamente pubblicistico, secondo linee di teoria generale che proclamano la loro completa autonomia rispetto alle teorie generali del diritto comune, trovano nella sistemazione dogmatica degli istituti della giustizia amministrativa una spinta potente, il coronamento definitivo di un disegno che rivendica all'amministrazione l'assoluta centralità nella dinamica istituzionale.

Ed i nuovi modelli amministrativi si affermano prepotentemente lungo tutto il primo decennio del secolo, incontrano nella crescita delle funzioni amministrative, dei compiti d'integrazione, di sviluppo, di supplenza che lo Stato è chiamato a svolgere nell'ordinamento economico sociale, una consacrazione che ormai investe lo stesso piano istituzionale.

Abbandonata l'eccezionalità del momento politico della « crisi di fine secolo », accantonati i caratteri più marcatamente autoritari e polizieschi che anche le proposte dei giuristi avevano assunto negli ultimi anni dell'800, il primato degli apparati amministrativi conquista il rango di principio connaturale ad i nuovi equilibri costituzionali, rifiuta il carattere di soluzione eccezionale per interpretare dall'interno le modifiche strutturali in corso, per formalizzare i nuovi equilibri tra i poteri.

La definitiva sistemazione dogmatica della categoria dell'interesse legittimo si colloca così in un momento in cui l'ampliarsi della funzione sociale dello Stato, il complicarsi dei moduli organiz-

zativi e lo scioglimento della tradizionale distinzione tra impero e gestione in una pluralità di forme e di modi attraverso cui realizzare i nuovi compiti degli apparati, costringono i giuristi ad aggiornare il concetto di « pubblico », a registrare il dilatarsi delle funzioni dell'amministrazione oltre la sfera dell'attività imperativa ⁽³¹⁾.

Il consolidarsi della centralità dell'interesse legittimo nella *hohheitliche Verwaltung* si realizza così nel momento in cui il primato degli apparati trova nella crescita di una *Leistungsverwaltung* una decisiva conferma, occupa saldamente il polo autoritario dell'azione amministrativa all'interno di prospettive teoriche ormai disponibili a recuperare l'unità dell'amministrazione anche al di fuori dell'attività unilaterale e imperativa.

Se dunque l'interesse legittimo formalizza sul piano dell'attività autoritativa il primato del potere discrezionale e dell'amministrazione, questo stesso primato si realizza anche e forse prevalentemente con lo scioglimento del *Behördenstaat*, con il proliferare di strutture amministrative in grado di operare direttamente mediazioni d'interessi e neutralizzazioni dei conflitti e che quindi accentuano quella stessa residualità del « politico » e del Parlamento che la centralità del potere discrezionale aveva espresso nelle pagine dei giuristi sin dalla fine degli anni '90.

L'adeguamento della scienza giuridica ai nuovi modelli amministrativi avvenne tuttavia non senza profonde cesure dialettiche, non senza un significativo contrapporsi di soluzioni teoriche e progettuali: l'itinerario giuridico di Federico Cammeo ⁽³²⁾ — percorso per alcuni tratti parallelamente a quello di un'altra grande figura di giurista, Errico Presutti —, che pure occupa lo stesso arco cronologico delle principali elaborazioni dogmatiche dedicate da Ranelletti e Romano al diritto amministrativo, non può infatti appiattirsi nelle linee dei modelli dominanti.

La peculiarità della tendenza « pandettistica » si estrinseca in Cammeo nel tentativo di grande rilievo teorico di proporre una giuridicizzazione del potere amministrativo secondo linee concettuali che cercano di applicare alla sistematica amministrativa la razionalità dei rapporti di diritto comune, di affermare tra le maglie

⁽³¹⁾ Cfr. *infra* cap. 3^o/3^a pt. paragrafo 1^o.

⁽³²⁾ All'itinerario giuridico di Federico Cammeo è dedicato integralmente il capitolo 2^o della 3^a parte.

dell'autonomia degli apparati la centralità del diritto soggettivo, del negozio, della piena giurisdizionalità della tutela: il « metodo giuridico » dimostra ancora una volta le sue molteplici articolazioni interne, svela sotto indirizzi metodologici apparentemente convergenti una sostanziale pluralità di modelli amministrativi.

Parallelamente alle sistematiche di un Ranalletti o di un Romano si sviluppava cioè un'alternativa teorica e progettuale particolarmente significativa, che rifiutava di accentuare i caratteri speciali dell'ordinamento amministrativo e riconduceva invece l'esercizio del potere pubblico alle linee e alla razionalità dell'ordinamento comune.

Con i sapienti, tormentati, contraddittori, talvolta impotenti tentativi di Federico Cammeo di ricondurre i conflitti tra autorità e libertà, tra amministrazione ed istituzioni rappresentative, tra la crescente centralità degli apparati e l'imprescindibile primato della norma e della legge, nell'alveo di una sistemazione teorica in cui un posto rilevante fosse conservato ai profili garantisti e ad un equilibrato coordinamento tra i poteri dello Stato, i modelli tradizionali conoscevano la loro ultima e forse più ricca elaborazione, ma svelavano ancora una volta quell'intima, contraddittoria, irrisolta conciliazione tra autorità e libertà, tra istituzionale e politico, tra gerarchia e legge, che sin dalle scelte del legislatore dell'unificazione aveva caratterizzato l'interpretazione « moderata » del modello liberale dello Stato e delle istituzioni.

E con il difficile, ma affascinante esperimento di Cammeo la scienza giuridica offre anche per l'ultima volta soluzioni interpretative e categorie concettuali in grado di salvare l'ormai precaria centralità del giudice ordinario: l'ampia utilizzazione da parte dell'Avvocatura dello Stato dei modelli ranallettiani, l'avvio di nuovi indirizzi giurisprudenziali e legislativi segneranno presto, ormai nella concretezza della realtà istituzionale, l'assoluto primato del giudice amministrativo.

Realizzati i nuovi equilibri del riparto, fissato nella sua impenetrabile corazza dogmatica un sistema amministrativo fortemente condizionato dal polo autoritario, la teoria della « libertà » dell'amministrazione aveva ormai svolto integralmente la sua funzione.

Proprio all'inizio del regime fascista nelle limpide pagine di Guido Zanobini il principio dell'esecuzione di legge tornava ad

assumere la veste di principio generale dell'ordinamento giuridico ⁽³³⁾.

L'interesse legittimo, depurato dalle scorie ormai teoricamente insostenibili della « libertà » dell'amministrazione, consolidava, nelle inappuntabili pagine del formalismo zanobiniano, la sua insostituibile centralità di categoria concettuale, di costruito dogmatico cui veniva attribuito il difficile compito di giuridicizzare la sfera del potere amministrativo e al tempo stesso sintetizzava ancora una volta un modello di « Stato di diritto » ormai ridotto a pura espressione tralatizia, pericolosamente depauperato di istanze garantiste, assolutamente privo di contenuti democratici, disponibile a qualsiasi alterazione delle istituzioni liberali rappresentative.

Di questa categoria giuridica, recepita in modo poco opportuno nella costituzione repubblicana, occorre ormai iniziare un'approfondita revisione critica.

⁽³³⁾ Si veda il cap. 4^o/3^a pt.

PARTE PRIMA

**LA « GIUSTIZIA NELL'AMMINISTRAZIONE »
FRA L'ETÀ DELLA DESTRA
E L'ETÀ DELLA SINISTRA**

CAPITOLO PRIMO

IL SISTEMA DI GIURISDIZIONE UNICA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA SCIENZA GIURIDICA: UN SOSTANZIALE EQUILIBRIO TRA POTERE AMMINISTRATIVO E LIBERTÀ DEL CITTADINO

1. Dalle aule parlamentari alle pagine dei giuristi. — 2. I conflitti di attribuzione: una verifica delle linee del sistema. — 3. Alla ricerca di nuovi equilibri tra diritto e interesse.

1. *Dalle aule parlamentari alle pagine dei giuristi.*

Chi pensasse di poter ripercorrere nelle pagine dei giuristi, che per primi si posero il compito di delineare le coordinate del sistema di giurisdizione unica, i duelli oratori, gli appassionati scontri verbali, le discussioni, così intimamente pervase dalla consapevolezza della centralità del problema amministrativo e della sua imprescindibile rilevanza costituzionale, che avevano animato i banchi parlamentari nelle lunghe « tornate » del giugno 1864, avevano diviso e contrapposto una classe dirigente liberale così avvertita dell'importanza delle scelte che era chiamata a compiere per il futuro di uno Stato appena consolidato nella sua troppo recente unità politica, cadrebbe sicuramente in un grave errore di prospettiva.

Già all'indomani del 20 marzo 1865 la scelta abolitiva, così contrastata nelle aule di palazzo Carignano, rappresentava infatti una soluzione istituzionale ormai indiscutibile ed irrevocabile e l'esperienza del contenzioso poteva dirsi definitivamente consegnata al passato delle varie e diverse realtà degli Stati preunitari ⁽¹⁾.

(1) Sul contenzioso preunitario, oltre alle pagine dedicate a questo tema dal vecchio lavoro di F. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto*

Probabilmente le stesse vicende che accompagnarono la conclusione del processo di unificazione amministrativa, l'eccezionalità del momento politico che segnò la stipulazione della Convenzione di settembre, la caduta del governo Minghetti, il trasferimento della capitale da Torino a Firenze, favorirono l'approfondirsi di una significativa cesura tra l'intenso confronto dei progetti e delle alternative istituzionali che aveva caratterizzato il dibattito alla Camera e l'acquietato riconoscimento del valore quasi costituzionale delle soluzioni adottate⁽²⁾.

I conflitti si stemperarono nella riconosciuta necessità di disporre con urgenza di efficaci ed uniformi strumenti di direzione politica e amministrativa; la delega al governo della redazione defi-

amministrativo vigente in Italia, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* diretto da V. E. ORLANDO, vol. I, Milano, 1900, pp. 1089 e ss. — Schupfer a proposito della scelta operata nel 1865 si limitava ad esprimere il parere che « troppo radicale e assoluta » fosse stata la condanna dei tribunali del contenzioso (*ivi* p. 1114) —, si vedano S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977 che considera prevalentemente l'esperienza degli Stati sardi; R. FEOLA, *La monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, 1984 dedicato al sistema meridionale; P. AIMO, *Alle origini del contenzioso amministrativo: una ricerca in corso sul periodo napoleonico*, in *Jus*, XXIX, 1-2 (1982), pp. 115-139.

(2) Del fatto erano ben consapevoli gli stessi contemporanei. Si legga quanto ad alcuni anni di distanza scriveva Silvio Spaventa (*La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della Sinistra*, discorso pronunciato all'Associazione costituzionale romana nell'adunanza del 21 marzo 1879, in *Id.*, *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, 1910, p. 36): « La legge del 20 marzo 1865, che chiamiamo la legge di unificazione amministrativa del regno, fu una legge possibile solo in tanto in quanto ci venne imposta nella circostanza del trasferimento della sede del governo a Firenze, dalla balia concessa al ministero *pro tempore* per l'esecuzione di quell'atto politico di straordinaria gravità ».

Il punto è stato poi approfondito dalla storiografia più recente: cfr. E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, vol. IV, *Dall'Unità ad oggi*, tomo 3°, Torino, 1976, pp. 1691 e ss. (« si trattò di un precedente di grande rilievo, suscettibile di pesanti conseguenze sulla capacità del Parlamento di svolgere autonomamente e in modo efficace il proprio ruolo di organo legislativo e quindi di decidere in merito a provvedimenti di particolare complessità tecnica », p. 1691) e per il parallelo processo di codificazione A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, pp. 12 e ss.

nitiva del *corpus* dei progetti di legge « d'ordine amministrativo » ⁽³⁾ troncò ogni possibilità di ulteriori discussioni parlamentari ⁽⁴⁾, affidò all'esecutivo il potere di emanare i decreti di unificazione amministrativa e legislativa.

Di fronte all'esigenza di dotare l'amministrazione di poteri, procedure, controlli uniformi sull'intero territorio nazionale, di fronte al comune e « supremo » imperativo dell'unificazione del paese, l'eco dei dissensi emersi nell'intense sedute del giugno 1864, si dissolse rapidamente: l'abolizione del contenzioso era già divenuta un punto di non ritorno, un dato acquisito ed incontestabile; il sistema di giurisdizione unica, delineato non senza oscurità, incertezze, compromessi dal dibattito della Camera, bloccato nella sostanza e nella forma dai pieni poteri del governo Lamarmora, affrontava la prova dei fatti ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Il progetto di legge fu presentato alla Camera il 24 novembre 1864 dal ministro dell'interno Giovanni Lanza con il titolo: « Facoltà al Governo del Re di pubblicare e rendere esecutori in tutte le provincie del regno alcuni progetti d'ordine amministrativo ». Il progetto, che comprendeva la legge comunale e provinciale, la legge sulla sicurezza pubblica, la legge sul Consiglio di Stato, la legge sul contenzioso amministrativo, la legge sulle opere pubbliche, che formeranno poi, con la legge sulla sanità pubblica, i vari allegati della legge 20 marzo 1865, n. 2248, si può leggere in *Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1863-64, raccolti e correlati di note e documenti inediti* da Giuseppe Galletti e Paolo Trompeo, *Documenti*, vol. V, Roma, 1885, pp. 3794 e ss.

⁽⁴⁾ Al Senato il progetto di legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, approvato alla Camera il 22 giugno 1864, era stato presentato, con la breve relazione del ministro dell'interno Ubaldo Peruzzi, il giorno 25 dello stesso mese. La relazione dell'Ufficio Centrale — relatore il senatore Vacca — reca la data del 15 luglio 1864. Non si ebbe invece, come diciamo nel testo, la discussione in aula per il sopraggiungere degli avvenimenti collegati alla Convenzione di settembre.

⁽⁵⁾ La storiografia italiana ha prestato prevalente attenzione alla tematica dei « corpi locali », alle ragioni e alle linee della scelta accentratrice. D'obbligo i riferimenti almeno a C. PAVONE, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica da Rattazzi a Ricasoli (1859-1866)*, Milano, 1964 ed a RAGIONIERI, *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Bari, 1967. (Per più puntuali indicazioni bibliografiche cfr. *infra* nota 5 cap. 2°/1^a pt.).

Molto più fuggevole l'attenzione della storiografia verso i problemi della giustizia amministrativa la cui trattazione storica è quasi esclusiva-

Difficilmente troveremmo quindi nelle pagine dei giuristi la difesa delle alternative emerse nel dibattito, mentre forte è invece il legame con le soluzioni teoriche, le motivazioni dottrinali che nelle aule parlamentari avevano sostenuto il testo poi definitivamente sanzionato: all'insegna di una perfetta continuità con le ragioni della legge, con le ideologie del legislatore la scienza giuridica portava il suo contributo al processo di unificazione, forniva le prime interpretazioni del nuovo testo normativo.

Molti e diversi erano i problemi applicativi posti dalla scelta di affidare le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione al giudice ordinario: si trattava in primo luogo di individuare una linea di demarcazione tra le ipotesi in cui il cittadino avesse fatto valere un « diritto civile e politico » e gli altri « affari »⁽⁶⁾ che la legge si limitava ad indicare negativamente e che attribuiva a forme di tutela interne alla stessa amministrazione, ma si trattava soprattutto, sia pure ai fini pratici, di dare concretezza e funzionalità al sistema, di tracciare i limiti tra i rispettivi poteri dello Stato, di segnare il ruolo e la funzione degli apparati amministrativi, la capacità di

mente, già dall'inizio di questo secolo, appannaggio dei giuristi: fondamentali, specialmente per l'accuratezza della ricostruzione del complesso itinerario legislativo conclusosi coll'approvazione dell'All. E, sono ancora SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 312 e ss., e F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., pp. 418 e ss.

In particolare il volume di Salandra verrà frequentemente utilizzato, nel prosieguo del lavoro, per la ricostruzione stessa della vicenda oggetto del nostro studio. *La giustizia amministrativa nei governi liberi* non costituisce infatti soltanto un'importante fonte primaria, l'opera di uno dei protagonisti della giuspubblicistica postunitaria, ma rappresenta una miniera di notizie, di dati giuridici, di fatti storici, ancora oggi indispensabile, per accuratezza e precisione filologica, per una completa descrizione dell'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa.

Fra le opere più recenti: PIRAS, *Gli istituti di giustizia amministrativa in Italia*, cit.; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 67 e ss. e le voci enciclopediche di GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., spec. pp. 231-250 e di BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, spec. pp. 599 e ss.

(6) Come è noto, erano queste due le formule utilizzate dal legislatore, negli articoli 2 e 3 dell'All. E, per distinguere le competenze giudiziarie ed amministrative.

penetrazione e controllo del giudice ordinario nei fatti e nei poteri della pubblica amministrazione.

La scelta abolitiva rappresentava in primo luogo una soluzione organizzativa al conflitto tra cittadino e amministrazione, tra la libertà del primo e il potere della seconda, un compromesso tra esigenze garantiste e di preservazione dell'autonomia decisionale dell'apparato, tanto più necessaria per far fronte alle molteplici difficoltà di uno Stato appena costituito nella sua struttura unitaria.

E così la scelta fu vissuta dai giuristi, consapevoli che a queste esigenze contrastanti si era cercato di provvedere, avvertiti che dal binomio libertà-autorità non era possibile in ogni modo prescindere.

Non si fecero apologie della libertà del cittadino, non si fecero, a dire il vero, neanche apologie dell'amministrazione; ci si limitò, più semplicemente, a sviluppare i punti fermi del dibattito parlamentare. Certo, le vicende legislative degli anni dell'unificazione e degli anni precedenti del Piemonte sabauda ci mostrano come l'alternativa tra abolizione e perfezionamento del contenzioso fosse stata combattuta tra progetti presto arenatisi, pieni poteri del governo Rattazzi, nuovi progetti, pendendo ora per l'una ora per l'altra possibilità (7), segno che una dialettica precisa esisteva tra

(7) Già il 2 dicembre 1850 il ministro dell'interno del Regno Sardo Galvagno presentava alla Camera un progetto di legge per l'abolizione del contenzioso: particolarmente interessante la relazione presentata alla Camera il 1° maggio 1851 e stilata da Carlo Boncompagni; vi compariva infatti la distinzione tra diritti e interessi poi utilizzata anche dal legislatore del 1865: « quando il Governo prende norma alla sua determinazione dalla natura e dalla importanza degli interessi, esso compie un atto di amministrazione propriamente detta; quando esso prende norma dai diritti che è in debito di custodire illesi, esso compie un atto di contenzioso amministrativo. L'esaminare se questo diritto esiste veramente, il definire quanto si estenda, il valutarne le conseguenze non è più un atto di amministrazione, è un giudizio ». (*Atti del Parlamento Subalpino. Sessione del 1851, raccolti e corredati di note e documenti inediti* da Giuseppe Galletti e Paolo Trompeo, *Documenti*, vol. I, Torino, 1865, p. 350).

Arenatosi il progetto Galvagno si procedette, negli anni successivi, ad un perfezionamento degli istituti del contenzioso realizzato definitivamente nel 1859 (R.D. 30 ottobre 1859, n. 3705-3708) grazie ai pieni poteri ottenuti dal governo Rattazzi. (Anche dopo l'armistizio di Villafranca rimase infatti in vigore la legge sui pieni poteri approvata alla vigilia della seconda guerra di indipendenza. La ripresa della vita parlamentare si ebbe solo col

i sostenitori di un modello genericamente ascrivibile a quello francese e i sostenitori invece di un modello che trovava le proprie basi istituzionali negli articoli 92 e 93 della costituzione belga del 1831⁽⁸⁾.

Quando il disegno di legge presentato dal ministro dell'interno Ubaldino Peruzzi con le modifiche operate dalla commissione e la relazione stilata da Francesco Borgatti⁽⁹⁾ giunse in discussione

ritorno di Cavour al potere nel gennaio del 1860. Cfr. G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, tomo IV, *Dalla Rivoluzione nazionale all'Unità*, Milano, 1964, pp. 322, 365, 401-3).

Compiuta l'unificazione, il primo progetto di abolizione del contenzioso fu presentato da Minghetti il 27 aprile 1861, ma ancora il 18 novembre 1862 Rattazzi presentava un progetto di riordino del Consiglio di Stato che abbandonava, almeno provvisoriamente, i propositi abolitivi.

Finalmente il 29 maggio 1863 Peruzzi presentava il progetto che con le modifiche operate dalla commissione, di cui fu relatore Francesco Borgatti, sarebbe stato discusso dalla Camera dal 9 al 22 giugno 1864.

Per un esame analitico della vicenda legislativa si veda SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 304 e ss.

⁽⁸⁾ L'articolo 92 della costituzione belga del 7 febbraio 1831 così disponeva: « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ». E l'art. 93: « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ».

Sulla costituzione belga cfr. C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973, pp. 141-4. Uno studio comparatistico delle esperienze belga e italiana in J. C. ESCARRAS, *Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction*, Paris, 1972.

Il modello belga di giurisdizione unica è già presente nella letteratura amministrativa italiana anche precedente la legge del 1865. Cfr. M. MARTINELLI, *Sull'ordinamento della pubblica amministrazione*, Scritti, Firenze, 1863, vol. I, pp. 253-261.

⁽⁹⁾ Su Francesco Borgatti cfr. BERTI, *Amministrazione autonoma e giustizia amministrativa nella legislazione unificatrice del 1865: il contributo del deputato Francesco Borgatti*, cit., pp. 409 e ss. Non concordiamo, però, con la conclusione di Berti secondo il quale la distinzione tra diritto e interesse, sostenuta da Borgatti nella relazione, avrebbe condizionato irrevocabilmente il sistema della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, favorendo in particolare l'accentramento successivo della tutela nel giudice unico Consiglio di Stato e determinando la nascita ed il successo dell'« informe creatura » (ivi p. 418) dell'interesse legittimo. Senza sottovalutare la chiara consapevolezza che il legislatore del 1865 ebbe delle

alla Camera nel giugno del 1864, se l'enfasi e le contrapposizioni oratorie non mancarono, non si pose però in dubbio la necessità di restituire al giudice ordinario una serie di competenze già attribuite ai giudici del contenzioso⁽¹⁰⁾; semmai il dibattito s'incentrò sull'opportunità di predisporre delle garanzie di difesa, delle « guarentigie », maggiori di quelle già previste nell'articolo 3, per alcuni degli affari riservati alla competenza della pubblica amministrazione. La secca risposta di Mancini: « non è questa la legge in cui dobbiamo e possiamo occuparci delle garanzie dell'esercizio dell'amministrazione pura », impedì che la questione venisse in quell'occasione affrontata e risolta, troncò in radice ogni possibilità di emendamento al testo originario del progetto⁽¹¹⁾.

esigenze dell'amministrazione, riteniamo che, spiegando il sistema vigente di giurisdizione amministrativa — secondo un'interpretazione abbastanza diffusa tra gli amministrativisti (cfr. in particolare BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 602) — soltanto con le scelte operate nel 1865, si finisca per sacrificare tutta l'ulteriore evoluzione del sistema non riuscendo poi a valutare secondo il giusto peso le motivazioni politiche che portarono alla riforma del 1889 ed il ruolo successivamente svolto da quella parte della scienza giuridica e della giurisprudenza che, a partire dalla seconda metà degli anni '90, fissarono le linee di un sistema indubbiamente ispirato al primato dell'amministrazione.

Sulla figura di Borgatti cfr. anche I. ZANNI ROSIELLO, *Francesco Borgatti*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 12, Roma, 1970, pp. 572-3.

(10) Si veda la posizione degli stessi oppositori al progetto, Cordova, Rattazzi, Crispi in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. VIII, 2ª Sessione. Discussioni*, rispettivamente nella tornata del 9 giugno 1864 (p. 2878), dell'11 giugno (p. 2918) e del 15 giugno (p. 2970). Molto chiara la posizione di Crispi: « tutti in generale vogliono che siano ritornate al diritto comune le materie giurisdizionali. La differenza sta se fra le questioni le quali insorgano nell'esercizio delle attribuzioni che rimarranno all'amministrazione si debbano richiedere delle guarentigie che premuniscano i cittadini e la società da qualunque offesa che possa venire da parte degli agenti del Governo » (ivi p. 2970).

(11) La frase di Mancini si legge in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. VIII, 2ª sessione. Discussioni*, Tornata del 13 giugno 1864, p. 2937.

Mancini dimostrava così di accedere ad un'impostazione già sostenuta dal Duca De Broglie in un famoso articolo apparso sulla *Revue Française* nel lontano 1828, ma ben conosciuto dalla cultura giuridica italiana del periodo dell'unificazione. Per De Broglie infatti, solo dopo aver restituito tutte le questioni giuridiche, ancora attribuite al contenzioso, al giudice

Al fondo del dibattito non stava cioè un'alternativa tra garantisti e autoritari, tra sostenitori delle libertà del cittadino e fautori delle autonomie decisionali dell'amministrazione, c'era in realtà soltanto il tentativo di approdare ad una soluzione organizzativa che fosse capace di temperare questi due profili confliggenti⁽¹²⁾.

ordinario, si sarebbe potuto « régler sur un plan rationnel et définitif ce qui restera de juridiction administrative, assurer aux réclamations l'accueil, aux faits l'examen, aux intérêts l'attention qui leur est due »: così A. DE BROGLIE, *De la juridiction administrative*, in *Revue Française*, 1828, n. VI, p. 131.

Notizie biografiche su Achille Léon Victor duc De Broglie (Paris 1785-1870), uomo politico francese, ministro dell'istruzione pubblica nel 1830, degli esteri nel 1832, Presidente del Consiglio dei ministri nel 1835, Presidente del Consiglio di Stato, si possono leggere in *Dictionnaire de Biographie française*, vol. V, Paris, 1954, pp. 409-11.

Fra i vari emendamenti particolarmente interessante quello presentato da Francesco Crispi che proponeva una diversa formulazione dell'art. 3 del progetto di legge sull'abolizione del contenzioso: « Tutti gli affari non compresi nell'articolo precedente e per i quali erano competenti i tribunali del contenzioso amministrativo nella legislazione degli antichi Stati d'Italia saranno decisi dai Consigli di Prefettura in udienza pubblica con rito breve e sommario e con decreto motivato.

Contro i decreti di questi Consigli, quando la somma ecceda le lire 300, si ammetterà il ricorso al Consiglio di Stato, il quale potrà provvedere per la sospensione dell'esecuzione in vista di una manifesta ingiustizia o infrazione di legge ». L'emendamento è riportato in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. VIII, 2ª sessione. Discussioni*. Tornata del 17 giugno 1864, p. 3000.

⁽¹²⁾ Piuttosto controversa la valutazione che è stata di volta in volta data della legge del 1865: all'interpretazione classica secondo la quale la riforma sarebbe stata animata da « spirito liberale » (V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. 3º, Milano, 1901, p. 637) si è contrapposta, in particolare a far data dal Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione del 1965, un'interpretazione più propensa a sottolineare gli elementi « autoritari » della scelta abolitiva. In questo senso particolarmente accentuata la posizione di SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso*, cit., p. 70 per il quale « il momento dell'abolizione consistette sì in una scelta precisa di libertà, ma non di libertà del cittadino verso l'amministrazione bensì dell'amministrazione verso gli altri poteri dello Stato e dunque verso il cittadino ».

Il dibattito parlamentare in realtà dimostra come la classe dirigente liberale fosse alla ricerca di un punto « medio » che garantisse al tempo

La soluzione che prevalse individuava, è vero, il perno del sistema di tutela nell'attribuzione delle controversie relative ai diritti civili e politici alla magistratura ordinaria, ma altrettanto esplicitamente riconosceva che con tale formula non si erano volute esaurire le ipotesi di conflitto cittadino-amministrazione, ammetteva che tale controllo non avrebbe interferito con una corposa messe di poteri e prerogative esclusivamente riservati agli organi amministrativi. E, dall'altra parte, il mantenimento di forme di tutela contenziose all'interno dell'amministrazione, proprio dalla necessaria indipendenza, nella distinzione dei poteri giudiziario-amministrativo, trovava il proprio fondamento⁽¹³⁾.

« Il principio supremo che governa questa materia è l'indipendenza dei due poteri o, in altri termini, l'indipendenza del potere amministrativo rispetto al potere giudiziario e viceversa »: così a chiare lettere si era espresso Borgatti nella sua relazione, ma interpretando una convinzione diffusa, un principio comune agli abolitori come ai sostenitori del contenzioso⁽¹⁴⁾.

Proprio questa indipendenza dei poteri si voleva esprimere con la distinzione tra controversie relative a diritti civili e politici e ricorsi contro atti di pura amministrazione riguardanti gli interessi individuali e collettivi degli amministrati. Contrapporre diritto

stesso la libertà del cittadino e l'autonomia dell'amministrazione. La distinzione tra diritti e interessi rappresentò la soluzione teorica con cui si credeva di risolvere la conciliazione delle esigenze del cittadino e dell'amministrazione.

⁽¹³⁾ Molto esplicita la posizione di Rattazzi: « il contenzioso amministrativo è una necessità per conservare dall'un canto al potere esecutivo o, dirò meglio, all'autorità amministrativa attiva quell'indipendenza che è indispensabile onde compia la sua missione, tenendo religiosamente separati poteri distinti, l'amministrativo, cioè, ed il giudiziario, senza la quale separazione si corre pericolo di compromettere o l'uno o l'altro o forse anco entrambi; e per dare dall'altro canto ai cittadini tutte quelle maggiori garanzie che, salva e rispettata l'autonomia dell'autorità amministrativa, possono concedersi per porre al sicuro i loro diritti ed i loro interessi da qualsiasi errore, abuso od ingiustizia della stessa autorità ». (*Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. VIII, 2ª sessione. Discussioni, Tornata dell'11 giugno 1864, p. 2917*).

⁽¹⁴⁾ *Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1863-64, raccolti e corredati di note e documenti inediti da Giuseppe Galletti e Paolo Trompeo, Documenti, vol. I, Roma, 1884, p. 517.*

a interesse non voleva dire distinguere due diverse situazioni giuridiche soggettive, ma enucleare il rilevante dall'irrilevante giuridico, separare ciò che doveva essere attribuito al giudice ordinario perché espressione della libertà del cittadino e corrispondente quindi ad una attività amministrativa regolata dalla norma, e ciò che doveva invece essere attribuito all'amministrazione, alla sua libertà, ad ipotesi non coperte dal vincolo legislativo: una distinzione che sembrava avere per sé la spontanea chiarezza della razionalità, preferibile al criterio empirico dell'enumerazione, tanto logiche ne apparivano le possibilità applicative⁽¹⁵⁾. Una distinzione che, del resto, non era stata coniata nelle aule del parlamento unitario, ma che aveva dalla propria parte tutta una tradizione che affondava le sue radici nell'autorità dei grandi amministrativisti francesi e che certo non sfuggiva al legislatore italiano.

Adottare come criterio fondamentale di individuazione delle competenze rispettive dei poteri giudiziario e amministrativo la distinzione diritto-interesse significava quindi appropriarsi del criterio teorico che in Francia si utilizzava per distinguere l'amministrazione contenziosa dall'amministrazione pura⁽¹⁶⁾. De Broglie e Vivien, che pure propendevano verso prospettive diverse, verso il giudice ordinario il primo, il giudice speciale il secondo, potevano così essere giustamente indicati da Mancini e Borgatti come autorevoli precedenti della formula adottata⁽¹⁷⁾. Ma in fondo non si

(15) Il criterio dell'enumerazione era stato adottato sia dal progetto di legge Minghetti del 1861 sia dal progetto Peruzzi del 1863: era stata la commissione Borgatti a sostituirlo con la distinzione « logica » e « spontanea » tra « diritto » ed « interesse individuale e collettivo degli amministratori » (*Ibid.*, p. 518).

(16) Non mancarono però obiezioni all'utilizzazione della formula, usata per distinguere tipi di attività amministrativa, nel diverso campo della divisione dei poteri. Si vedano le perplessità manifestate nel dibattito da Soldi: « quando si tratta di far questa distinzione per dividere la giurisdizione dall'amministrazione, la cosa non mi pare debba procedere senza grave maturità, la quale non permette, per fermo, di accettare una distinzione assai nominale e tutto al più assai ristretta ». (*Atti parlamentari*, cit., Tornata del 10 giugno 1864, p. 2899). Critiche di questo genere saranno abbastanza frequenti negli anni successivi, quando si manifesteranno le prime difficoltà applicative della formula adottata dal legislatore.

(17) La citazione di De Broglie da parte di Mancini si può leggere in SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 353, mentre Borgatti in-

trattava neppure di ricercare in quello o in quell'altro autore delle giustificazioni teoriche alle scelte fatte: la distinzione tra amministrazione contenziosa e amministrazione pura era *ius receptum* in Francia e l'aver collegato la stessa possibilità di una controversia contenziosa alle ipotesi di lesione di « droits acquis et préexistants »⁽¹⁸⁾ dimostrava che il controllo esercitato dai Consigli di Prefettura e dal Consiglio di Stato francesi riguardava ancora soltanto una parte ben delimitata dell'attività amministrativa e che era quindi lontano dal rappresentare quella giurisdizione tendenzialmente generale progressivamente conquistata negli anni successivi dalla grande giurisprudenza pretoria del *Conseil d'Etat*⁽¹⁹⁾.

L'operazione concettuale e politica compiuta dal legislatore dell'unificazione non era priva di riscontri autorevoli, riallaccian-

vocava l'autorità di M. VIVIEN, *Études administratives*, Paris, 1852, vol. I, pp. 125 e ss., in *Atti parlamentari*, cit., Tornata del 13 giugno 1864, p. 2931.

(18) M. F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, Paris, 1841-1846 (2ª ed.), p. 599: « les tribunaux, en général, ne peuvent, dans leur jugements de condamnation, qu'appliquer les lois ou des principes de doctrine à des faits qui blessent injustement des intérêts individuels, c'est-à-dire qui blessent *des droits acquis*: aussi les jugements sont-ils déclaratifs des droits préexistants »; allo stesso modo la giustizia amministrativa poteva estendersi soltanto ai ricorsi che allegassero « des droits particuliers, comme droits acquis et préexistants, auxquels l'acte de l'administration porterait atteinte ».

(19) Cfr. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, pp. 133 e ss.

Non ci sembra infatti che nel legislatore italiano del 1865 fosse presente una consapevolezza precisa dei complessi processi evolutivi, già in corso in Francia al momento dell'unificazione italiana, e che portarono il *Conseil d'Etat* ad affermare nel campo dell'amministrazione pura un contenzioso di legalità o di annullamento. Del resto le fonti utilizzate dal legislatore italiano risalgono agli ultimi anni della Monarchia di luglio, « encore une période d'enfance et d'hésitation pour le contentieux de légalité » (P. SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, p. 276).

Si consideri anche che una completa teorizzazione delle diverse attribuzioni progressivamente acquisite dal contenzioso francese si ha soltanto con E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887 (2ª edizione, Paris, 1896, pp. XVII-XVIII e pp. 15-21) al quale risale la famosa distinzione tra contenzioso di piena giurisdizione, di annullamento, d'interpretazione e di repressione.

dosi non solo a formulazioni teoriche proprie della scienza amministrativa più progredita, ma anche ad una tradizione sinceramente ed autenticamente liberale che con Constant, De Broglie, Tocqueville aveva fatto del principio di giurisdizione unica un vessillo della libertà contro il dispotismo amministrativo⁽²⁰⁾.

In questa tradizione a buon diritto s'inseriva il celebre discorso di Mancini⁽²¹⁾, spesso considerato anche più della stessa relazione Borgatti, come il manifesto del « partito » degli abolizionisti e nel quale al contenzioso « arme di guerra dei tempi eccezionali della rivoluzione francese » si contrapponevano i modelli

(20) La critica di Constant ai *tribunaux extraordinaires* si legge in un discorso pronunciato davanti al Tribunato il 5 piovoso dell'anno IX. La critica di De Broglie al sistema francese del contenzioso è contenuta nell'articolo cit. alla nota 11, mentre Tocqueville (*Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel, intitulé « Cours de droit administratif »* (1846), ora in A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, Torino, 1969, pp. 234-246) ammoniva a proposito del modello francese basato sulla giustizia ritenuta — come è noto il sistema della giustizia delegata fu introdotto solo con la legge 24 maggio 1872 —: « notate innanzi tutto che qui si parla di processi, cioè di liti che non hanno solo un interesse per fondamento, ma un diritto, un diritto positivo e acquisito, che si fonda su delle leggi che da esso procedono e che si tratta di constatare, testo legislativo alla mano. Ora, ogni volta che un cittadino dovrà difendere un diritto di questa specie contro un altro cittadino suo uguale, gli si permetterà di adire i tribunali ordinari e i giudici inamovibili, ma se si tratta di difendere questi medesimi diritti contro l'amministrazione? Egli dovrà accettare dei giudici che rappresentano l'amministrazione stessa ».

(21) È riportato quasi integralmente da SALANDRA, *La giustizia*, cit., pp. 329-368. Pasquale Stanislao Mancini (Avellino 1817-Napoli 1888) ministro della pubblica istruzione nel governo Rattazzi del 1862, dimessosi dopo solo ventotto giorni dalla nomina e passato all'opposizione per contrasti sulla politica repressiva del gabinetto nelle zone meridionali, uomo di punta della Sinistra parlamentare, ministro di grazia e giustizia nel primo governo Depretis, ministro degli esteri dal 1881 al 1885, giurisdizionalista, grande oppositore della pena di morte, non ha bisogno di presentazione come uomo politico; si vedano tuttavia almeno G. D'AMELIO, *Pasquale Stanislao Mancini e l'unificazione legislativa nel 1859-61*, in *Annali di storia del diritto*, V-VI (1961-62), pp. 159-220 e E. JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Ebelsbach, 1980 (alle pp. 43 e ss. una bibliografia degli scritti di e su Mancini), che dedicano ampia attenzione al Mancini giurista.

positivi e da seguire anche per l'esperienza italiana della Toscana, dell'Inghilterra, del Belgio.

Proprio perché si riannodava a questi precedenti autorevoli, la scelta per il giudice ordinario serberà sempre anche in futuro il carattere di un'opzione per un modello intimamente liberale, per un disegno istituzionale in cui il ruolo dell'amministrazione fosse fortemente scandito dalla legge e dal diritto, in cui il potere amministrativo fosse rigorosamente contenuto nei suoi limiti da una magistratura unica e indipendente ⁽²²⁾.

È noto che questa linearità d'intenti politici e istituzionali non si realizzò negli anni dell'unificazione amministrativa e che i limiti posti al giudice ordinario, la difesa degli interessi dell'amministrazione assunsero un peso significativo nello stesso testo normativo, che il « rafforzamento dell'indipendenza e 'efficienza' dell'Esecutivo » costituì uno degli obiettivi non secondari del dibattito ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Si vedano le pagine dedicate al sistema di giurisdizione unica da ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche* diretta da A. Bruniati, Torino, 1890, vol. V, pp. 980 e ss.

⁽²³⁾ L'espressione è di R. RUFFILLI, *Problemi dell'organizzazione amministrativa nell'Italia liberale*, in *Quaderni Storici*, VI (1971), p. 714. Dello stesso autore si veda anche: *Lo Stato liberale in Italia*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla I guerra mondiale*, a cura di R. Lill e N. Matteucci, Bologna, 1980, pp. 496 e ss.. Ruffilli sottolinea come i problemi posti dalla fragilità dello Stato unitario, dall'unificazione del paese abbiano determinato per la classe dirigente liberale l'esigenza « di accelerare sia i processi di nazionalizzazione delle masse ... sia i processi di affermazione di un 'governo forte' », rendendo al tempo stesso necessaria « la ricerca continua di compromessi a livello di teoria e di prassi fra dittatura bonapartista e costituzione garantista... », non senza una continua insoddisfazione per i compromessi di volta in volta raggiunti. Qualcosa di simile è accaduto per la vicenda specifica della giustizia amministrativa, nella quale — a partire dal dibattito parlamentare sull'abolizione del contenzioso — la delineaazione del rapporto tra amministrazione e cittadino è risultata sempre intimamente connessa con l'assetto degli equilibri tra i poteri dello Stato. La predisposizione di forme di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione ha rappresentato così, sia nel 1865 sia nel 1889 — anno in cui fu istituita la IV sezione del Consiglio di Stato — il momento in cui si fissarono correlative garanzie anche per il potere amministrativo.

La legge abolitiva del contenzioso rispose così ad esigenze ed a motivazioni non dissimili da quelle che avevano orientato definitivamente il movimento liberale per la scelta accentratrice: consapevolezza delle basi ristrette della classe dirigente, esigenza di fronteggiare le divisioni sociali e regionali di un paese appena giunto all'unificazione politica sono state, di volta in volta, le ragioni addotte per spiegare la scelta accentratrice, ma che puntualmente si possono ripetere per capire le soluzioni date al problema della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione (24).

L'allegato 'E' fu quindi — come sostenne Francesco Crispi, fra i più accesi oppositori del progetto — una legge « illiberale », un « regresso », una scelta operata « per un falso principio d'autorità », per pura « febbre di potere », un'attribuzione di « nuovi poteri all'autorità amministrativa »? (25).

In realtà più che un regresso la legge rappresentò una conferma del valore « costituzionale » che si attribuiva all'autonomia della pubblica amministrazione, alla centralità del potere non senza il riconoscimento pieno e sincero di una tavola di diritti del cittadino sulla cui ampiezza, tuttavia, oltre i diritti che trovavano « il loro fondamento nelle leggi comuni che regolano i diritti privati », mancava probabilmente una *opinio communis* (26).

(24) Comune al dibattito accentrato-decentrato fu anche un generale eclettismo teorico proprio dell'intera classe dirigente. Potremo ripetere così anche per il contenzioso l'osservazione di PAVONE, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica*, cit., p. 25: « se quasi non esisteva accentrato che non si dichiarasse pensoso delle giuste libertà locali, non c'era decentrato che non si sentisse impegnato a premunirsi contro ogni possibile accusa di attentato all'unità ».

(25) *Atti parlamentari*, cit., Tornata del 10 giugno 1864, pp. 2900-1.

(26) Il progetto Minghetti, da cui è tratta la citazione riportata nel testo, era abbastanza esplicito nell'affermare che « la giurisdizione ordinaria dei tribunali civili non va oltre a quei diritti che hanno radice nel gius commune, nelle leggi che regolano i diritti privati o il diritto di proprietà in tutte le sue diramazioni », così che appariva « evidente la necessità di un'alta istituzione presso il Governo che tuteli i diritti acquistati in virtù di leggi amministrative ». Si giustificava così la conservazione di giurisdizioni e commissioni speciali previste dall'art. 4 del progetto (*Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1861, raccolti e corredati di note e documenti inediti*

La scelta di attribuire le controversie contenziose al giudice ordinario fu scelta indubbiamente liberale, rispondeva al principio che unica dovesse essere la funzione del « giudicare », che, ove l'amministrazione incontrasse dei limiti imposti dall'ordinamento, dovesse essere il giudice di diritto comune a sanzionare l'infrazione del vincolo, a ricostituire l'ordinamento violato. La violazione del precetto riconduceva in certo modo anche l'amministrazione nell'orbita dei soggetti di diritto comune, la sottoponeva al giudice unico. Ma l'amministrazione era anche ed essenzialmente potere, andava tutelata in questa sua libertà, non doveva essere intralciata nella sua funzione di « amministrare ». Il principio di divisione dei poteri significava in primo luogo autonomia ed indipendenza del potere amministrativo e nessuno aveva mai pensato di mettere in dubbio uno dei cardini dell'organizzazione del sistema costituzionale ⁽²⁷⁾.

da Giuseppe Galletti e Paolo Trompeo, *Documenti*, vol. 2°, Torino, 1862, p. 83).

Lo stesso art. 2 del progetto Peruzzi, che seguiva il criterio dell'enumerazione, attribuiva al giudice ordinario, oltre alle cause contravvenzionali, a quelle relative alle imposte ed ai contratti stipulati coll'amministrazione, « ogni altra controversia nella quale, sebbene sia interessata l'amministrazione pubblica e siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa, si faccia questione di proprietà, di diritti alla medesima inerenti, dello stato delle persone, e di qualunque altro diritto privato che abbia fondamento nelle leggi civili » (*Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1863-64, Documenti*, cit., p. 513).

Adottata la formula generale del « diritto civile e politico » dalla relazione Borgatti, nella discussione in aula non fu ben chiaro, nemmeno agli stessi legislatori, se diritti derivanti da leggi amministrative rientrassero o meno nella competenza del giudice ordinario. Il problema è affrontato con estrema lucidità da CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 431-4, cui rimandiamo per l'esame delle posizioni emerse nel dibattito.

La scienza giuridica tenderà invece, specialmente dopo la nuova normativa sui conflitti del 1877, ad interpretare in senso letterale l'art. 2 dell'All. E riconducendo i « diritti amministrativi » alla competenza del giudice ordinario. Si vedranno nelle prossime pagine le posizioni di Lorenzo Meucci e Giovanni de Gioannis Gianquinto.

⁽²⁷⁾ Sulla « libertà » dell'amministrazione « parificata, nella forza e nella garanzia, alla libertà del cittadino », ma « peraltro già potere » negli equilibri istituzionali del periodo dell'unificazione, cfr. BENVENUTI, *Giu-*

Insormontabile si ergeva quindi di fronte al giudice ordinario il limite dell'« amministrazione pura », simbolo principe di quell'indipendenza che la legge aveva voluto espressamente garantire al potere amministrativo ⁽²⁸⁾.

La distinzione tra diritto e interesse espresse così lo sforzo teorico e pratico di conciliare in una formula libertà e autorità, garanzia e supremazia: formalizzava infatti un equilibrio tradizionale tra libertà del cittadino e libertà dell'amministrazione, percorreva tracce già ampiamente segnate nell'ordinamento francese, ma con la rilevante, significativa opzione di tono schiettamente liberale per il giudice ordinario, per il giudice del diritto comune, s'iscriveva in un modello teorico in cui l'indipendenza dell'amministrazione rimaneva strettamente funzionale all'autonomia concessa agli apparati dall'ordinamento, dalla precarietà dei vincoli normativi esistenti, in un modello che non rinunciava alla possibilità di una più compiuta regolamentazione legislativa dei fatti amministrativi e correlativamente ad un più incisivo controllo giurisdizionale.

Il binomio diritto-interesse formalizzava naturalmente un conflitto, cercava di stabilire un punto « medio », una possibile composizione tra esigenze contrapposte, un terreno d'incontro tra amministrazione e cittadino, tra potere e diritto, dava voce giuridica a quella distinzione tra « amministrazione contenziosa » e « amministrazione pura » che sembrava esprimere una logica universale e generalmente accettata: la scelta di sottrarre la materia contenziosa agli organi legati alla stessa struttura amministrativa per attribuirli alla magistratura ordinaria non poteva non avere, anche per gli stessi modelli istituzionali cui si ispirava, un valore autenticamente liberale.

Senza sottovalutare la precisa consapevolezza che il legisla-

stizia amministrativa, cit., pp. 589-591. Sul principio di divisione dei poteri nello Stato liberale cfr. invece, NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., pp. 730-4.

⁽²⁸⁾ Una delle condizioni poste dalla relazione Borgatti all'approvazione del progetto Peruzzi consisteva nella richiesta che « le cautele introdotte nel progetto ministeriale a maggior garanzia della indipendenza del potere amministrativo contro ogni illegittima ingerenza del potere giudiziario si conservassero, ed altre ancora si aggiungessero se fosse d'uopo » (*Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1863-64. Documenti*, cit., p. 514).

tore del 1865 ebbe delle esigenze dell'esecutivo, non è possibile del resto estrapolare la scelta abolitiva dal lento e faticoso affermarsi in Francia come in Italia del principio di generale azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione: la legge del 1865 fotografava, per dir così, la situazione reale esistente, attribuiva con una decisione consapevole e profondamente maturata al giudice ordinario ogni controversia per la quale esistesse un parametro normativo di riferimento, ogni controversia che il giudice potesse sanzionare in base ad un preciso vincolo legislativo.

In questo senso la riforma non poteva rappresentare una soluzione illiberale, di esclusiva libertà dell'amministrazione, una affermazione ideologica di libertà del cittadino ed una reale difesa dell'indipendenza degli apparati: intimamente e forse naturalmente e necessariamente conflittuale, alla ricerca di un possibile equilibrio tra profili fortemente configgenti, la legge abolitiva svelava una acuta tensione interna, ma esprimeva anche un modello amministrativo ispirato ad un tentativo di conciliare centralità del Parlamento e centralità dell'amministrazione, legge e attività amministrativa, giustizia e amministrazione.

Così, con questo forte conflitto interno, con le contraddizioni risolte più sul piano teorico che nella realtà della dinamica istituzionale, il progetto dell'abolizione del contenzioso divenuto legge dello Stato si affidava alle mediazioni interpretative dei giuristi.

E l'attenzione dei giuristi per le novità della riforma non tardò a manifestarsi: già nello stesso anno di approvazione della legge veniva pubblicato uno studio che più che per la personalità dell'autore si segnalava come prima generale trattazione della materia: si trattava di un volumetto in gran parte espositivo e non particolarmente originale, ma al tempo stesso abbastanza sintomatico ed espressivo di una cultura giuridico-amministrativa diffusa, affine a quella che aveva fatto da sostrato al dibattito parlamentare e che, fra affermazioni di principio spesso tralattivamente ripetute e non pochi luoghi comuni, avrebbe dominato a lungo il panorama italiano ⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ L'All. E, secondo la disposizione dell'art. 15, entrò in vigore il 1° luglio del 1865, mentre il volumetto di M. BERTETTI, *Il contenzioso*

La soluzione dell'unificazione trovava nelle pagine dei giuristi le prime elaborazioni concettuali, la scelta abolitiva si fissava nei primi tentativi esegetici come principio indiscutibile e immodificabile.

Il dibattito non si trasfuse quindi dalle aule parlamentari nei testi dei giuristi: le scelte operate nelle leggi d'unificazione amministrativa del Regno acquisirono presto valore costituzionale.

Anche se non mancarono articolazioni interpretative, critiche talvolta anche severe, il consenso ai principii espressi con la scelta abolitiva fu quindi immediato e abbastanza diffuso tra i giuristi che fecero largo uso degli atti parlamentari per interpretare la nuova normativa, per dar corpo al sistema.

Michele Bertetti, giovane avvocato torinese, è figura espressiva di questo *milieu* intellettuale, personaggio privo di grande caratura, ma lettore attento delle vicende amministrative dei primi anni del Regno unitario. Fedele interprete delle ragioni degli abolizionisti Bertetti ci offre, affievolite ormai le contrapposizioni non prive di retorica dei banchi parlamentari, un quadro posato e fedele della volontà del legislatore. Ricondotto ad un conflitto meno drammatico il rapporto tra amministrazione e cittadino, non è ormai difficile affermare che « a compiere gli atti che sono di sua esclusiva spettanza per la natura della sua missione, l'amministrazione pubblica non solo non trova menomate le sue facoltà dalla legge 20 marzo, ma le trova anzi accresciute e rinvigorite »⁽³⁰⁾.

Non ci sono dubbi sulla *ratio* profonda del sistema: lungi dall'esprimere il primato della libertà del cittadino sul potere amministrativo, la legge rappresenta l'applicazione del principio « car-

amministrativo in Italia o l'amministrazione e la giustizia secondo la legge 20 marzo 1865, Torino, 1865, recava la data del 1° giugno dello stesso 1865. Michele Bertetti, torinese (1842-1929), deputato di Ciriè nelle legislature XX, XXI e XXII, senatore dal 1909, esercitò la professione forense; fu però anche sottosegretario alle Poste nel ministero Giolitti dal 1906 al 1909. Ci interessa qui solo come autore di questo primo commento alla legge del 1865. Qualche notizia biografica su Bertetti si può leggere in *Enciclopedia biografica e bibliografica italiana. Serie XLIII. Ministri, deputati e senatori dal 1848 al 1922*, a cura di A. Malatesta, vol. I, Milano, 1940, p. 104.

⁽³⁰⁾ BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia*, cit., p. 127.

dinale » della divisione dei poteri⁽³¹⁾. L'aver abolito i giudici ordinari del contenzioso non ha eliminato la distinzione tra « via graziosa » e « via contenziosa »⁽³²⁾, l'ha resa anzi più necessaria e indispensabile. Il binomio concettuale diritto-interesse non rappresenta più una linea di demarcazione elastica all'interno delle funzioni della stessa amministrazione, ma è divenuto il criterio discriminante tra due poteri dello Stato: il giudiziario e l'amministrativo.

Pressato dalle esigenze dell'unificazione, spinto dalla necessità di uniformare i contrastanti sistemi istituzionali degli Stati preunitari, il legislatore ha comunque realizzato un'« opera savissima e ardita »⁽³³⁾ affidando le controversie contenziose al giudice ordinario ed accantonando i progetti di perfezionamento del contenzioso. Ma proprio per questo ancora più rigorosamente va riconosciuto di esclusiva pertinenza del potere amministrativo il campo degli atti di amministrazione pura nei quali sono essenziali celerità e segretezza, nei quali si esprime la competenza esclusiva della pubblica amministrazione.

Il rafforzamento delle gelose facoltà degli apparati amministrativi è nella stessa logica del sistema: la libertà dell'amministrazione è in perfetta simmetria con la libertà del cittadino, entrambi sono valori che la legge deve tutelare ed ha infatti tutelato. La competenza del giudice ordinario non può e non deve costituire una diminuzione delle prerogative amministrative.

Ed il concetto di diritto civile e politico esprime appunto il fatto che una controversia tra cittadino e amministrazione, un vero « contenzioso » si può avere solo al di fuori del « dominio » e delle facoltà dell'amministrazione: quando il potere eccede e viola un limite legislativamente stabilito, allora e solo allora è giusto che un altro potere, quello giudiziario, intervenga a ripristinare l'equilibrio.

L'amministrazione pura è proprio concettualmente, in *re ipsa*, il campo in cui è addirittura impensabile l'esistenza di un contenzioso, proprio perché espressione di libertà, di assenza di vin-

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 12.

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 27.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 115.

coli e limiti predeterminati dalla legge, simbolo di quelle facoltà che la sovranità affida all'amministrazione.

La legge abolitiva si è limitata pertanto a ricostituire un equilibrio, razionale prima che istituzionale, alterato dall'esperienza del contenzioso: si è posto rimedio all'abuso perpetrato dall'amministrazione ai danni dell'autorità giudiziaria, ma si è anche salvaguardata la libertà e l'autonomia del potere amministrativo. La restituzione al giudice ordinario delle controversie relative ai diritti civili e politici possiede la stessa legittimità istituzionale del processo inverso, tanto criticato dagli oppositori del progetto, di restituzione di competenze all'amministrazione. Non c'è dubbio per Bertetti — che esprimeva così icasticamente un principio già emerso sin dalla relazione Borgatti — che, con l'abolizione del contenzioso, il legislatore « non ha restituito che il suo » agli apparati amministrativi⁽³⁴⁾.

Fissati i presupposti teorici, non rimaneva che attendere fiduciosi « che per alcun tempo i tribunali esercit(assero) la loro giurisdizione in questi argomenti »⁽³⁵⁾. Occorreva che si formasse quella giurisprudenza che avrebbe permesso al sistema di giurisdizione unica di operare distinguendo in concreto tra diritto e interesse, ripartendo tra giudice ordinario e amministrazione pura le controversie del cittadino nei confronti del potere amministrativo. I giudicati dell'autorità giudiziaria e le decisioni del Consiglio di Stato in sede di risoluzione dei conflitti di attribuzione avrebbero così trovato presto ampia collocazione nei manuali e nelle prime opere organiche di commento che i giuristi dedicarono al sistema della tutela.

Si rese così possibile non solo una più approfondita opera di interpretazione e di esposizione, ma anche l'individuazione dei primi inconvenienti che la legge non aveva mancato di suscitare.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 132. La relazione Borgatti aveva chiaramente espresso il principio che, con la legge abolitiva, « ciascun potere deve rivendicare la parte che gli spetta, secondo le proprie attribuzioni e la qualità del negozio, come se l'istituto del contenzioso amministrativo non avesse mai esistito » (*Atti Parlamento italiano. Sessione del 1863-64. Documenti*, cit., p. 517).

⁽³⁵⁾ BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo*, cit., p. 38.

2. *I conflitti di attribuzione: una verifica delle linee del sistema.*

Dovremo attendere l'inizio degli anni '70 per incontrare riflessioni più approfondite dei giuristi sul sistema inaugurato con le leggi d'unificazione amministrativa: in questo torno di anni, accanto alle prime opere di compilazione della giurisprudenza ad uso prevalente degli operatori pratici e accanto alle trattazioni dedicate alla giurisdizione amministrativa dai principali manuali del tempo, fanno la loro comparsa una serie di trattati e trattatelli che, pur specificamente rivolti allo studio di un istituto particolare e specifico — l'assetto dato dalla legge del 1865 al tema dei conflitti di attribuzione — finirono per forza di cose per toccare il centro nevralgico dell'intera organizzazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, l'equilibrio tra competenze del giudice ordinario e facoltà riservate al potere amministrativo ⁽³⁶⁾.

Alla luce di un primo quinquennio di giurisprudenza del Consiglio di Stato sul riparto di competenze si metteva in discussione uno degli aspetti maggiormente controversi e contraddittori del sistema: il mantenimento, sia pure dopo l'abolizione del contenzioso, dell'istituto dei conflitti ed in particolare l'attribuzione di tale delicatissima competenza ad un organo amministrativo, il Consiglio di Stato.

Si trattava di una disposizione transitoria ⁽³⁷⁾ in parte dettata dal modo frettoloso e convulso con il quale si era concluso il

⁽³⁶⁾ Vedremo nelle pagine seguenti di quali opere si tratti. Come prototipo delle opere compilative della giurisprudenza cfr. il volumetto di un funzionario del ministero degli interni: G. PINTOR-MAMELI, *Legislazione e giurisprudenza sulla competenza giudiziaria e amministrativa e sui conflitti di attribuzioni. Compilazione*, Roma, 1874.

⁽³⁷⁾ Per il riferimento normativo cfr. l'art. 13 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, All. E, che estendeva a tutte le provincie del Regno la legge sarda sui conflitti di attribuzione (L. 20 novembre 1859 n. 3780) e l'art. 10 dell'All. D, che assegnava tale competenza al Consiglio di Stato e non più, come prevedeva l'art. 17 della legge sarda, al Sovrano, sia pure dopo parere dello stesso Consiglio di Stato. Sul sistema sardo e sul passaggio al diverso sistema previsto dalla legge del 1877, cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, pp. 1 e ss.

processo legislativo di unificazione, ma che non mancò di influire decisamente sull'equilibrio, tutto da realizzare nelle controversie concrete, tra facoltà della pubblica amministrazione e competenze del giudice ordinario.

Il Consiglio di Stato — come osservò lucidamente alcuni anni più tardi Giuseppe Mantellini — « non poteva non sentire le tendenze dell'amministrazione, non parteciparne i criteri, che furono, sono e saranno di convenienza, prima che giuridici; e dove della causa gli comparisse che disdicesse discutere ai tribunali, non poteva non abbandonarla all'apprezzamento *discrezionale*, nonostante che se ne facesse discussione d'*illegittimità* »⁽³⁸⁾.

Non solo si era dotata l'amministrazione di uno strumento processuale eccezionale, che aveva nel modello francese lo scopo prevalente di garantire il rispetto delle competenze dei giudici del contenzioso da parte del potere giudiziario e che invece nel sistema di giurisdizione unica acquisiva la funzione essenziale di difesa delle prerogative dell'amministrazione pura, ma si era in realtà affidato alla stessa amministrazione, attraverso il suo « corpo » più rappresentativo, il ruolo di arbitro esclusivo degli equilibri istituzionali.

Basta considerare le incertezze e le contraddizioni delle proposte « abolitrici », la labilità anche teorica della distinzione diritto-interesse, per capire quanto la scelta del Consiglio di Stato come giudice risolutore dei conflitti pesasse sulla linearità dell'intero sistema di giurisdizione unica.

Non poteva mancare quindi, definitivamente esaurito l'« eroico » processo risorgimentale⁽³⁹⁾, una precisa attenzione dei giuristi e degli stessi promotori della legge del 1865 per una così patente contraddizione degli equilibri di un sistema che il primo *corpus* delle decisioni del Consiglio di Stato aveva sensibilmente alterato.

⁽³⁸⁾ G. MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, p. 32. Lo stesso concetto Mantellini espresse nel dibattito alla Camera sul progetto di legge sui conflitti di attribuzione di cui fu relatore. Cfr. *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. XII, sessione del 1876. Discussioni*, Tornata del 29 aprile 1876, p. 379.

⁽³⁹⁾ « Il periodo 'eroico' della nuova Italia era terminato e si entrava in quello ordinario, del lavoro economico, ... alla 'poesia' succedeva la 'prosa' »: così il classico ma sempre suggestivo giudizio di B. CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1977 (1^a ed. 1928), p. 2.

Il dibattito che si aprì rappresentò così una verifica dell'applicazione concreta dell'allegato E, l'occasione per il riproporsi di alternative anche radicali alla scelta effettuata nel 1865⁽⁴⁰⁾, ma senza quella contrapposizione dialettica che abbiamo visto nelle aule parlamentari negli anni dell'unificazione amministrativa: non si ebbe, cioè, una discussione globale dell'indirizzo preso, ma soltanto la discussione su un istituto determinante quanto specifico e in fondo si approdò ad una soluzione organizzativa che salvava il conflitto e si limitava a sostituire un giudice all'altro.

Si trattò quindi di una riforma che introduceva maggiore linearità e razionalità nell'organizzazione della tutela — infatti il consenso in sede parlamentare fu ampio —, ma che non metteva in dubbio il principio di indipendenza di magistratura e amministrazione che nel 1865 si era voluto esprimere con la distinzione diritto interesse.

Lo dimostra il livello stesso del dibattito che si aprì con gli interventi di Giuseppe Mantellini e di Giovanni De Gioannis Gianquinto⁽⁴¹⁾, un dibattito indubbiamente sensibile all'esigenza di

⁽⁴⁰⁾ Si pensi a MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzioni in Italia. Parte seconda anni 1871 e 1872*, Firenze, 1873, p. 193, che si chiedeva se « dove non si abbia fede nella giustizia e nella procedura comuni, bisogna ripristinare il foro amministrativo, abbandonando una riforma, per virtù propria o del suo commento, riuscita non a rendere ma a negare GIUSTIZIA, senza la quale non può ad alcun patto essere concordia e però salute nella repubblica ».

Lo stesso Crispi nel dibattito alla Camera sul nuovo ordinamento dei conflitti, pur dichiarandosi favorevole alla riforma, precisò che a suo avviso questa non poteva rappresentare « l'ultima parola » nell'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia (*Atti parlamentari*, cit., Tornata del 1° maggio 1876, p. 424). Nella stessa occasione Crispi ricordava all'assemblea di aver presentato nel 1873 e nel 1875 due progetti di legge tendenti a perfezionare le garanzie previste dall'art. 3 dell'All. E per gli « affari » non attribuiti alla competenza giudiziaria. Su quest'ultimo punto cfr. SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 489. Come è noto i progetti non ebbero alcun seguito.

⁽⁴¹⁾ Su Giuseppe Mantellini (Firenze 1816-Roma 1885) dal 1876, con l'unificazione delle Avvocature erariali, avvocato generale erariale, più volte deputato, protagonista dei dibattiti amministrativi a cavallo tra Destra e Sinistra, e su Giovanni De Gioannis Gianquinto (Cagliari 1821-Pisa 1889), professore di diritto amministrativo nelle Università di Cagliari, Pavia e Pisa, si vedano i profili di G. REBUFFA, *La formazione del diritto ammi-*

liberare il sistema dalle contraddizioni più vistose, ma assai prudente nel reclamare un sicuro ampliamento degli spazi di tutela assegnati al giudice ordinario.

Solo sfogliando i repertori di giurisprudenza amministrativa o le opere di compilazione che offrono una prima sistemazione delle decisioni attraverso una ripartizione delle controversie per gruppi di materie, balza agli occhi la funzione sostanzialmente residuale attribuita dal Consiglio di Stato al giudice ordinario: pubblico impiego, acque pubbliche, misure di polizia, solo per citare i casi più evidenti, sono settori quasi integralmente riservati alla pubblica amministrazione⁽⁴²⁾: sembrerebbe così che le preoccupazioni relative ad un diverso ordinamento dei conflitti di attribuzione potessero essere legate essenzialmente al timore che il mantenimento della competenza del Consiglio di Stato avrebbe portato ad un totale svuotamento delle possibilità di tutela del cittadino, ad una continua e progressiva serie di casi di denegata giustizia. Ma non è così: se alcuni eccessi a favore dell'amministrazione vanno evitati⁽⁴³⁾, il principio della necessaria libertà e indipendenza del

nistrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani, Bologna, 1981, pp. 117-172 e pp. 73-116.

Al tema dei conflitti Mantellini, che fu anche relatore del progetto alla Camera, dedicò tre monografie: *I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871; *I conflitti d'attribuzioni in Italia. Parte seconda*, cit.; *I conflitti d'attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, cit.

Gianquinto fu autore invece dell'articolo: *Proposte di riforma intorno al sistema organico de' conflitti di attribuzione*, in *Archivio giuridico*, X, (1872), pp. 535-588; XI (1873), pp. 44-68 e 143-176 e del volume *Dei conflitti di attribuzioni. Trattato teorico pratico*, Firenze, 1873.

⁽⁴²⁾ Molto utile per una visione d'insieme della giurisprudenza è il *Repertorio generale di giurisprudenza civile, penale, commerciale ed amministrativa del Regno dall'anno dell'unificazione legislativa (1866) a tutto il 1875* a cura di Emidio Pacifici-Mazzoni, vol. I, Torino, 1876, pp. 1402 e ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. la posizione di MANTELLINI, *I conflitti*, I, cit., pp. 115-7 i passi relativi al pubblico impiego e pp. 120-4 quelli relativi alle acque: su quest'ultimo punto, in particolare, pur ammessa l'insindacabilità delle misure tecniche amministrative riguardanti opere fluviali, Mantellini considerava negativamente l'indirizzo del Consiglio di Stato che non riconosceva la competenza giudiziaria neppure per le conseguenze dannose prodotte dalle stesse opere.

potere amministrativo, al quale il Consiglio di Stato si era strettamente attenuto, non è né può essere messo in discussione⁽⁴⁴⁾.

Le critiche di Mantellini si appuntano sul fatto che l'istituto del conflitto sottrae al giudice del merito, vero giudice naturale, la decisione sulla competenza, arrivando così a « negare il giudice a chi può aver torto nel merito, ma ragione d'essere giudicato », svelano la flagrante contraddizione in cui era incorso il sistema di giurisdizione unica nell'attribuire la decisione dei conflitti ad un corpo amministrativo⁽⁴⁵⁾.

La critica al mantenimento del conflitto è però anche l'occasione per ricordare la voce degli oppositori del 1865⁽⁴⁶⁾: la moltiplicazione dei conflitti diventa in definitiva la testimonianza di un contenzioso tra cittadino e amministrazione che non fu allora abolito o assegnato al giudice ordinario e che è rifluito nelle competenze dei ministri e del Sovrano i quali con minori garanzie sono venuti a surrogare le attribuzioni già proprie dei giudici ordinari del contenzioso⁽⁴⁷⁾.

(44) « L'autorità amministrativa non può essere chiamata avanti l'autorità giudiziaria a rendere conto degli atti emessi nell'esercizio delle proprie attribuzioni senza che venga lesa la propria indipendenza, e senza che venga turbata e confusa la divisione dei poteri che costituisce uno dei principali fondamenti di ogni bene ordinata società »: così Cons. St. 25 giugno 1870, in *Repertorio generale*, cit., p. 1043, n. 14 (inedita).

Un'attenta analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato sui conflitti, « del tutto contraria allo spirito della legge del 1865 », è compiuta da CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, cit., pp. 19-39.

(45) MANTELLINI, *I conflitti*, I, cit., p. 36. Per la « contraddizione flagrante di chiamare in giudice anche dell'amministrazione l'ordinario, e, per poco che fosse in lite l'amministrazione, con far poi dipendere da una decisione del Consiglio di Stato il licenziare, o no, la causa a quel giudice, predicato unico per tutte le cause », cfr. MANTELLINI, *I conflitti*, III, p. 31.

(46) Gli oppositori alla legge del 1865 « finirono col predire che con la proposta abolizione materie ora contenziose si sarebbero aggiunte a quelle che non si potevano sottrarre all'amministrazione attiva, e che lasciate tanto le une che le altre senza serie garanzie, si sarebbe sancita una legge antiliberale e di regresso e moltiplicati i conflitti. E in questa predizione il Cordova riuscì veramente profeta » (MANTELLINI, *I conflitti*, I, cit., p. 34). L'intervento di Cordova nel dibattito del giugno 1864 è cit. alla nota 10.

(47) Lo stesso Consiglio di Stato con la sua giurisprudenza espresse la consapevolezza di rappresentare il continuatore delle precedenti espe-

È presente certo anche una preoccupazione garantista⁽⁴⁸⁾: il conflitto ha spesso avuto l'effetto, pericoloso sotto il profilo degli

rienze di tutela. L'affermazione dei principi di indipendenza e autonomia dell'attività amministrativa produsse l'effetto di limitare sensibilmente la possibilità di sindacato giurisdizionale, ma procedette di pari passo al riconoscimento della centralità che gli strumenti di tutela interni all'amministrazione acquisivano anche a garanzia delle posizioni soggettive del cittadino. La dichiarazione d'incompetenza del giudice ordinario non avrebbe così determinato un vuoto di tutela, ma avrebbe fatto scattare i rimedi che la stessa amministrazione apprestava a garanzia della legittimità del proprio operato. (Sul punto molto significativa Cons. St. 5 luglio 1873, in *La legge*, XII (1873), II, pp. 276-280, nella quale la dichiarazione d'incompetenza giudiziaria, relativamente ad una controversia di pubblico impiego, è parallela all'indicazione di rimedi contenziosi alternativi ed interni alla stessa amministrazione. Si veda anche *infra* nota 60).

Particolarmente interessante la giurisprudenza del Consiglio di Stato relativa ai pareri sui ricorsi al Re, emanati ai sensi dell'art. 9 n. 4 L. 20 marzo 1865, All. D, studiata da PIRAS, *Gli istituti di giustizia amministrativa in Italia*, cit., pp. 25 e ss.; cfr. anche GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 236-8.

Sui giudici ordinari del contenzioso cfr. *infra* nota 1 cap. 4°/1^a pt.

(48) Analoga preoccupazione in F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1872, vol. II, p. 263, che a proposito dei conflitti si chiedeva: « i diritti privati son guarentiti a sufficienza, quando stornati dal foro comune sono costretti ad aspettare un giudice da un'altra giurisdizione, innanzi alla quale vengono dimezzate le forme di difesa, ed esclusa la pubblicità della discussione? ».

Abbastanza tradizionale la trattazione di Persico relativa alla giurisdizione amministrativa, tutta incentrata sulle consuete distinzioni tra amministrazione pura — « ea quae sunt imperii non sunt jurisdictionis » (*ibid.*, vol. II, p. 240) — ed amministrazione contenziosa. Solo per quest'ultime controversie si sarebbe passati dalla « petitio » al giudizio: il giudizio tra privato e amministrazione « quando un diritto fondato è sconosciuto od offeso, è un vero giudizio tra pari, perché in quel caso la pubblica Amministrazione non meno che il privato dev'essere sottoposta alla legge » (*ibid.*, vol. II, p. 248). Ampio rimaneva però lo spazio concesso alla discrezionalità amministrativa, mentre il concetto di diritto civile e politico non sembrava, nella sistematica del giurista napoletano, andare troppo al di là delle controversie relative ad imposte, contratti, proprietà.

Su Federico Persico (1829-1903) napoletano, professore di diritto amministrativo, cfr. P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978, p. 99 e ss., mentre sulla sua partecipazione al dibattito sulla rappresentanza politica — l'opera *Le rappresentanze politiche*

equilibri costituzionali tra i poteri, di « mutare una causa in affare », è un non senso giuridico in un sistema che ha scelto il giudice unico e perciò deve essere abolito.

Sullo sfondo di queste preoccupazioni indubbiamente reali — Mantellini sarà relatore del progetto di riforma alla Camera — si agita un problema che sarà negli anni successivi non solo presente nelle opere e nelle iniziative parlamentari del giurista toscano, ma al centro dei progetti amministrativi della classe dirigente italiana.

Sotto il tema dei conflitti già emergono le prime preoccupazioni per quella sfera di controversie alle quali non si è esteso il sindacato del giudice ordinario, le prime sommarie indicazioni per un completamento dell'ordinamento fissato con l'unificazione attraverso forme di garanzia e di controllo che si adeguino alla « specialità » del potere amministrativo, sfruttino le possibilità garantiste offerte dagli strumenti di tutela interni alla stessa amministrazione.

Il precario, tormentato avvio del sistema di giurisdizione unica ripropone il delicato interrogativo sull'opportunità di « ripristinare il foro amministrativo »⁽⁴⁹⁾.

Siamo lontani certo dall'importanza che il tema assumerà, rivestito di tante e complesse valenze politiche, nel dibattito degli anni ottanta e di cui Mantellini, fra i giuristi, sarà protagonista significativo, ma il problema è già avvertito nelle pieghe di un sistema ormai analizzato nella sua concreta dinamica istituzionale.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha messo in luce la esistenza di un contenzioso amministrativo⁽⁵⁰⁾ che non può tro-

e amministrative. *Considerazioni e proposte*, Napoli, 1885, fu ristampata nel 1942 e fu ben conosciuta dal pensiero corporativo — cfr. L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984, pp. 90 e 125-6.

⁽⁴⁹⁾ MANTELLINI, *I conflitti*, II, cit., p. 193. (Il passo è già riportato alla nota n. 40).

⁽⁵⁰⁾ « Non è vero che nel 1865 si abolisse il Foro amministrativo. Esso è rimasto sotto la forma del rimedio del numero 4 dell'articolo 9 della legge sul Consiglio di Stato »: così Mantellini in *Atti parlamentari*, cit., Tornata del 29 aprile 1876, p. 380. Nello stesso senso gli interventi di Della Rocca, Tornata del 1° maggio 1876, pp. 417 e ss., di Crispi che disse

vare garanzia di fronte al giudice ordinario, di cui non si discute certo l'attribuzione all'amministrazione, ma che pure reclama, come già avevano sostenuto gli oppositori della legge del 1865, forme proprie di tutela e garanzia.

Non si tratta di un problema che ottiene in questi anni soluzioni concrete⁽⁵¹⁾; non coagula ancora l'attenzione di giuristi e politici, rimane negli stessi scritti di Mantellini un tema più avvertito che trattato, ma rappresenta comunque un dato emergente dalla realtà istituzionale e con il quale in futuro il confronto non potrà essere evitato.

Le stesse preoccupazioni che emergono negli scritti di De Gioannis Gianquinto dimostrano che il dibattito sui conflitti non avrebbe portato a profonde modificazioni del sistema, che ci si sarebbe indirizzati verso ritocchi istituzionali, senza dubbio significativi, ma anche sicuramente limitati ad uno solo degli elementi dell'ordinamento della tutela.

L'attenzione è tutta incentrata sull'individuazione dell'organo più idoneo a risolvere i conflitti; in primo piano non si pone tanto il problema della legittimità del conflitto in un sistema a giudice unico, quanto il profilo organizzativo. E la soluzione proposta da Gianquinto rappresenta infatti soltanto una razionalizzazione dell'istituto la cui indispensabilità nel sistema amministrativo, a differenza dell'impostazione mantelliniana, viene totalmente riconfermata.

Nel volume del giurista cagliaritano — la cui seconda parte si presenta come risposta critica alla relazione tenuta su questo tema da Pasquale Stanislao Mancini al primo congresso giuridico italiano — emerge con chiarezza che il conflitto rimane strumento

essere « un'illusione » la pretesa di aver abolito il contenzioso (*ibid.*, p. 424). Di segno opposto l'intervento di Tegas, già relatore nel 1857 del terzo progetto Rattazzi di riordino del contenzioso amministrativo, nella stessa tornata del 1° maggio 1876, p. 423: « Si è portata avanti l'idea che esista ancora un contenzioso amministrativo. Questa idea non parmi esatta. Il contenzioso amministrativo più non esiste; esso fu interamente abolito; non esiste che la pura amministrazione ».

⁽⁵¹⁾ Unica eccezione i progetti Crispi citati alla nota n. 40. Non ebbe miglior fortuna il progetto Nicotera presentato nel 1877, per il quale rimandiamo a SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 490-1.

essenziale per realizzare il principio supremo che presiede all'intero ordinamento amministrativo, si conferma quella rigida indipendenza tra potere giudiziario e amministrazione che ancora una volta si esprime nella distinzione tra diritti e interessi.

Da questa distinzione, appunto, deriva la naturale logicità del conflitto: solo per le materie relative ai diritti l'amministrazione si è sottoposta al sindacato del potere giudiziario, ma nelle materie nelle quali ci si limita a contendere intorno ad interessi l'amministrazione rimane « pubblica Autorità indipendente dai Tribunali »⁽⁵²⁾.

Va corretta tuttavia la partigiana unilateralità rappresentata dalla competenza del Consiglio di Stato: se è un equilibrio tra i poteri quello che il conflitto deve assicurare, occorre che equilibrata sia anche la composizione dell'organo chiamato a dirimerlo.

Non è possibile quindi conservare la competenza del Consiglio di Stato, ma non è possibile tuttavia neppure attribuire un compito così delicato ad un organo che siede al vertice della magistratura ordinaria, alla Corte di Cassazione: un « tribunale speciale dei conflitti » avrebbe assicurato il delicato dosaggio di facoltà e poteri tra amministrazione e magistratura, garantendo il rispetto delle « due forze rivali in conflitto »⁽⁵³⁾.

Non si deve pensare però che il problema dei conflitti, della giurisprudenza del Consiglio di Stato con la prevalente dichiarazione di competenza amministrativa delle controversie, non fosse avvertito da coloro che nel 1865 si erano battuti per l'approvazione della legge abolitiva del contenzioso.

La questione fu infatti affrontata con ampiezza in una sede particolare, ma prestigiosa: il primo congresso giuridico italiano tenuto a Roma nel 1872. Il congresso divenne così l'occasione per una verifica dell'esperienza applicativa della legge, verifica che ebbe in Pasquale Stanislao Mancini, a buon diritto ritenuto uno dei padri della riforma del 1865, un protagonista lucido e appassionato.

Il tema dei conflitti fu trattato non solo nella sua specificità tecnica: si avvertì con chiarezza che era in gioco la razionalità

⁽⁵²⁾ DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Dei conflitti di attribuzioni*, cit., p. 229.

⁽⁵³⁾ DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Proposte di riforma*, cit., pp. 74-5 dell'estratto.

dell'intero sistema di tutela, la credibilità della riforma introdotta coll'unificazione⁽⁵⁴⁾.

Dalla relazione di Mancini emergeva con forza il filone sinceramente garantista che nei difficili equilibri istituzionali ricercati nelle aule parlamentari non aveva mancato di far sentire il suo influsso. Mantenendo ancora in un corpo amministrativo la competenza a decidere i conflitti si sarebbe rischiato di privare la riforma di ogni possibilità di tutela del cittadino: la legge « perderebbe ogni suo pratico valore, ed anzi riuscirebbe ad un effetto illiberale e perfettamente contrario allo scopo solennemente proclamato nella sua memorabile discussione parlamentare »⁽⁵⁵⁾.

Si apre una nuova campagna contro gli « adoratori del despotismo dell'Amministrazione »: Mancini si conferma ancora una volta il più aperto tra i sostenitori del sistema di giurisdizione unica; in lui il sindacato del giudice ordinario si configura come forma di tutela tendenzialmente generale anche nei confronti della pubblica amministrazione. Rimane, è vero, il limite dell'amministrazione pura, dell'interesse, ma è un limite avvertito non come simbolo di poteri e prerogative che all'amministrazione deve essere dato di difendere con lo strumento eccezionale del conflitto, ma come insieme di « libere facoltà » non dissimili da quelle di ogni individuo, di ogni corpo morale, di ogni società commerciale: il concetto di interesse qui più che il potere evoca l'irrilevante giuridico, l'assenza di una situazione di vantaggio garantita dall'ordinamento.

Non è facile stabilire in concreto, al di là delle formulazioni teoriche, quale tipo di equilibrio tra diritti del cittadino e poteri dell'amministrazione avessero in mente liberali come Mancini: certo è che la sottrazione di controversie contenziose al giudice

(54) SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 415: « nel primo Congresso giuridico italiano, riunitosi a Roma, prevalsero le dottrine più liberali ».

(55) P. S. MANCINI, *Relazione della Commissione sulla VI Tesi*, in *Atti del primo Congresso giuridico italiano tenuto in Roma l'anno 1872*, Roma, 1872, p. 357. Riportiamo la formulazione della VI Tesi: « per gli abusi, che si sono fin qui verificati nella materia dei conflitti di giurisdizione elevati fra il potere amministrativo ed il potere giudiziario, risolvere quali norme siano da surrogarsi, per regolare i detti conflitti, alla legge provvisoria del 20 novembre 1859 ».

ordinario, il loro riassorbimento nell'arbitrio dell'amministrazione pura, sono visti come grave anomalia del sistema, come ingiusto depotenziamento delle possibilità garantiste della legge abolitiva.

Il modello di giurisdizione unica veniva riproposto da Mancini, nella sua linearità di scelta alternativa al primato dell'amministrazione, in un disegno di equilibrio dei poteri dello Stato in cui alla rappresentatività del legislativo corrispondesse l'indipendenza, l'unicità, l'universalità della magistratura ordinaria.

Un modello probabilmente già nei fatti compromesso da una giurisprudenza sistematicamente favorevole all'estensione dei poteri dell'amministrazione, alterato nello stesso tessuto normativo dalla considerazione delle esigenze dell'esecutivo — che non mancheranno di pesare anche sulla soluzione del problema dei conflitti — un modello però che recuperava pregnanza e suggestione nelle pagine appassionate di Mancini, che si ricandidava come concreta alternativa istituzionale al tradizionale modello francese ed ai sopraggiungenti modelli austriaco e tedesco.

Nella relazione di Mancini la razionalità del sistema di giurisdizione unica, il valore liberale e garantista della scelta abolitiva vengono strenuamente rivendicate contro le « assurde » interpretazioni dell'Allegato *E* che mirano ad ampliare la sfera di amministrazione pura, a sottrarre al sindacato del giudice ordinario controversie normalmente attribuite, nell'ordinamento precedente la unificazione, ai tribunali del contenzioso.

Si conferma che il disegno del legislatore del 1865 « intese ad introdurre in Italia il sistema d'un'unica ed universale competenza dell'Autorità giudiziaria per conoscere e decidere di quanto fosse di contenzioso giuridico ne' rapporti tra l'amministrazione da una parte ed i privati, comuni, provincie e corpi morali dall'altra »⁽⁵⁶⁾; si difende il principio che chiama il giudice ordinario a sanzionare in concreto l'imperatività della norma diretta agli apparati, la soggezione degli organi amministrativi all'ordinamento.

Per il momento le conclusioni del primo congresso giuridico italiano relativamente alla sesta tesi in discussione, si limitavano ad innescare un lungo e tortuoso itinerario legislativo che si sarebbe concluso nel 1877 con la sostituzione della Corte di Cassazione di

(56) *Ibid.*, p. 359.

Roma al Consiglio di Stato nella decisione dei conflitti: un obiettivo parziale, una soluzione di compromesso che sostituiva il giudice e salvava il conflitto, ma che lo stesso congresso aveva indicato come proposta più realistica e più facilmente realizzabile⁽⁵⁷⁾. L'indipendenza che l'amministrazione aveva dimostrato di voler a tutti i costi mantenere, magari arrivando a potenziare i propri strumenti interni di tutela, ma sempre sul presupposto che fosse chiamata a pronunciarsi un'autorità appartenente alla stessa amministrazione, quell'autonomia che costituiva la vera norma fondamentale nei rapporti tra i poteri, avrebbe impedito o almeno reso estremamente difficoltosa l'abolizione totale dell'istituto del conflitto.

In fondo era la soluzione più logica o almeno la più indolore, quella più capace di sintetizzare le diverse motivazioni che avevano mosso i giuristi ad occuparsi del tema dei conflitti, quella che la stessa amministrazione avrebbe più facilmente accettato.

Alla Corte Suprema di Roma, in primo luogo, e a nuove sistemazioni teoriche dei giuristi sarebbe toccato il compito di ristabilire un equilibrio che a tutti sembrava in qualche modo alterato, ma che non tutti volevano veder ricostituito a vantaggio di una competenza tendenzialmente generale del giudice ordinario.

(57) Sull'itinerario legislativo cfr. SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 408 e ss.. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., pp. 25 e ss., considera che sulla scelta di compromesso pesò molto l'orientamento del Governo, e quindi dello stesso Mancini ministro di grazia e giustizia nel primo Gabinetto Depretis, che « intendeva disporre di una forma diversa di procedimento », non ritenendo sufficientemente difeso il potere amministrativo dalle forme processuali ordinarie.

Fu poi abbandonata così la proposta di abolizione radicale dell'istituto del conflitto che Mantellini aveva formulato sin dal 1871. Sostenendo l'impossibilità teorica del « conflitto » in un sistema di giurisdizione unica, il giurista toscano aveva rivendicato al « giudice stesso dell'azione » il potere di giudicare « se azione esperibile compete o non compete all'attore » (MANTELLINI, *I conflitti*, I, cit., p. 140). Lo sviluppo di tali considerazioni si può leggere in MANCINI, *Relazione della Commissione*, cit., pp. 356 e ss.: la « conclusione principale » alla quale era approdata la Commissione prevedeva infatti l'abolizione dell'istituto dei conflitti di attribuzione e la conservazione dei soli conflitti di giurisdizione. Per le valutazioni di opportunità che consigliarono l'adozione di una conclusione subordinata che affidava alla Corte di Cassazione la decisione sui conflitti di attribuzione e che fu poi effettivamente attuata con la legge del 1877, cfr. *ibid.*, p. 365.

3. *Alla ricerca di nuovi equilibri tra diritto e interesse.*

La nuova disciplina dei conflitti aveva affidato alla Corte di Cassazione romana, istituita nel 1875, il delicato e difficile compito — come notò ben consapevole dell'importanza della nuova funzione il Procuratore generale — di garantire « la custodia dei limiti di tutti i poteri nella sfera delle rispettive funzioni »⁽⁵⁸⁾.

Come abbiamo già visto, questa soluzione organizzativa rappresentava la novità di maggior rilievo della legge sui conflitti del 1877: la Corte romana diveniva arbitra dei difficili equilibri tra poteri amministrativi e diritti dei cittadini, l'interprete più autorevole del sistema di giurisdizione unica⁽⁵⁹⁾.

La giurisprudenza della Corte fu indubbiamente molto attenta nel non suscitare eccessive preoccupazioni nell'amministrazione per il proprio operato, rispettò scrupolosamente i limiti che la legge del 1865, a partire dal divieto di annullamento dell'atto, segnava al sindacato del giudice ordinario, non produsse in definitiva un totale ribaltamento di un riparto che il Consiglio di Stato aveva fortemente squilibrato a favore dell'amministrazione, ma operò, in quei settori, nei quali le esigenze di tutela erano più avvertite, dei significativi mutamenti di rotta.

⁽⁵⁸⁾ G. DE FALCO, *Discorso pronunciato presso la Corte di Cassazione di Roma nell'assemblea generale del 2 gennaio 1879*, Roma, 1879, p. 20. La Corte era stata istituita con la legge 12 dicembre 1875 n. 2837. Nel 1876 iniziava le pubblicazioni la rivista *La Corte suprema di Roma*, con lo scopo dichiarato (*ibid.*, I (1876), p. 8) di « raccogliere in modo completo ed esclusivo le sentenze che si pronunziano colla autorità di Cassazione Unica dalla Corte Suprema di Roma ». La rivista voleva così costituire un ponte verso la completa unificazione delle Corti del Regno, attuata però solo nel 1888 per le sezioni penali e nel 1923 per le sezioni civili.

Sull'istituzione della Corte Suprema di Roma come premessa fondamentale per l'accoglimento del principio della Cassazione unica, cfr. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, pp. 127-8.

⁽⁵⁹⁾ Per le competenze che nel 1877 vennero attribuite alla Corte di Cassazione vedi il disposto dell'art. 3 della L. 31 marzo 1877, n. 3761, sui conflitti di attribuzione. La legge è rimasta in vigore fino al 1942 anno in cui fu fusa nel nuovo codice di procedura civile. Sull'attuale sistema di « verifica della giurisdizione » cfr. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 205-231.

È il caso delle controversie relative al pubblico impiego per le quali la Corte riuscì indubbiamente a riconquistare all'amministrazione questioni che il Consiglio di Stato aveva sistematicamente attribuito alla competenza amministrativa, ridisegnando così un equilibrio tra amministrazione e cittadino abbastanza sintomatico dei criteri teorici secondo i quali si risolvevano i problemi collegati al riparto di competenze.

Per il Consiglio di Stato le superiori esigenze dei servizi pubblici, l'ordine e la gerarchia amministrativa, lo stesso principio di divisione dei poteri richiedevano necessariamente che tutte le questioni relative al rapporto d'impiego con lo Stato fossero sottratte all'autorità giudiziaria per essere decise dalle stesse autorità amministrative: la particolare rilevanza politica di una lite che si svolgeva all'interno dell'apparato, tra lo Stato ed i suoi « servitori » rendeva inconcepibile la possibilità che tali controversie fossero attribuite alla competenza di un potere diverso, estraneo alla stessa amministrazione. Contro eventuali illegittimità nell'applicazione di leggi e regolamenti, del resto, l'amministrazione apprestava una serie di strumenti di tutela che culminavano nel ricorso al Re nel quale era ancora una volta il Consiglio di Stato a giocare il ruolo prevalente attraverso l'emanazione del parere⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Significative Cons. St., 3 ottobre 1870, in *Repertorio generale*, cit., p. 1076, n. 434 (inedita) e Cons. St., 5 luglio 1873, in *La legge*, XII (1873), II, pp. 276-280, secondo la quale: « se la qualità dell'impiegato può essere causa di rapporti col Governo, e ne derivano diritti ed obblighi, questi rapporti non costituiscono un diritto civile nel senso dell'art. 2 della legge sul contenzioso, esperibile dinanzi ai tribunali ordinari, ma sono regolati da leggi e regolamenti speciali, la cui esecuzione è commessa esclusivamente al Governo ». All'impiegato spettava così soltanto la facoltà del ricorso al Re. Cfr. anche Cons. St. 18 novembre 1876, in *La legge*, XVII (1877), II, p. 186. Sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di pubblico impiego vedi anche le conclusioni di MANTELLINI, *I conflitti*, I, cit., p. 63.

Molto più liberale la giurisprudenza relativa al rapporto d'impiego comunale e provinciale, per il quale il Consiglio di Stato riconosceva un'ampia competenza giudiziaria. Cfr. i pareri Cons. St., 21 settembre 1866, in *La legge*, VI (1866), II, p. 337 e Cons. St., 28 giugno 1873, in *La legge*, XII (1873), II, p. 210.

Come giustamente sottolinea M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli,

La Corte di Cassazione, una volta investita della decisione sui conflitti, non contestò la competenza amministrativa sui profili discrezionali del rapporto di pubblico impiego, ma escluse categoricamente che per il solo fatto che tale rapporto fosse regolato da leggi di ordine amministrativo, la cui esecuzione fosse « interamente ed esclusivamente affidata al potere esecutivo », si dovesse dedurre la totale incompetenza dell'autorità giudiziaria in materia » (61).

Si rivendicava così alla distinzione tra diritto e interesse il ruolo di criterio fondamentale per la soluzione dei problemi di riparto, si disegnava anche nei gelosi rapporti tra lo Stato e i suoi impiegati una nuova linea di demarcazione tra competenze amministrative e diritti del cittadino: una linea di demarcazione che

1981, pp. 11-12, questo diverso trattamento dipendeva dal fatto che l'autonomia comunale era in qualche modo assimilata a quella privata: « sul piano delle qualificazioni giuridiche, ciò consentiva una larga applicazione del diritto civile e contrattuale agli atti posti in essere dagli enti territoriali locali ».

Il diverso trattamento riservato sul piano della tutela ad impiego governativo ed impiego locale è ora ampiamente analizzato da A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985, pp. 26 e ss..

(61) Cfr. Cass. Roma, 12 luglio 1880, Sez. Un., in *Corte supr. Roma*, V, (1880), pp. 743 e ss.. Nella controversia insorta tra un prefetto reggente, cancellato dal ruolo e che pertanto rivendicava l'applicazione delle norme relative ad aspettative e disponibilità, ed il ministero dell'Interno, il Prefetto di Roma sollevava il conflitto sostenendo l'incompetenza giudiziaria, trattandosi dell'applicazione di leggi amministrative. La Corte, dichiarando la competenza giudiziaria, riconosceva nel caso concreto la presenza di una « questione strettamente giuridica », esistendo in materia di disponibilità e aspettative una regolamentazione normativa (L. 11 ottobre 1863, n. 1500).

La massima era salutata dalla Rivista, voce privilegiata della Corte, favorevolmente: « diversamente si offenderebbero, con forte danno e pericolo della stessa amministrazione, quelle norme che regolano, quantunque imperfettamente, nel nostro Stato i rapporti fra il governo e i suoi impiegati » (*ibid.*, p. 744). Ma la massima non aveva incontrato eccessivo favore negli ambienti amministrativi: « dubitiamo alquanto a dividere l'apprezzamento della Corte di Cassazione, perché sul merito e demerito degli impiegati, o sulle condizioni del loro collocamento in disponibilità o aspettativa ci sembra sia competente la sola autorità amministrativa ». (Così la nota redazionale alla sentenza in *Manuale degli amministratori*, XIX (1880), n. 17, p. 268).

certo non spingeva molto innanzi il controllo dell'autorità giudiziaria sull'esercizio del potere, la cui indipendenza rimaneva intoccabile, ma che pure rivendicava al giudice il compito di verificare gli elementi di vincolatezza, di rispetto della norma a cui anche l'amministrazione era tenuta. Quindi, se la mancanza di una legge sullo stato giuridico degli impiegati civili garantiva ampi spazi di discrezionalità all'operare del potere, ove la legge esistesse doveva affermarsi la presenza di una questione giuridica e quindi la competenza del giudice ordinario ⁽⁶²⁾.

All'autorità amministrativa si dovevano riconoscere tutte le controversie relative a promozioni, licenziamenti, sospensioni — salvo affermare la competenza giudiziaria per quanto riguardava violazione di forme o difetto di competenza — mentre al giudice ordinario andavano attribuite le questioni giuridiche per le quali esisteva una regolamentazione legislativa ed in particolare tutto quello che riguardava gli aspetti economici del rapporto d'impiego ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Come è noto soltanto nel 1908 (L. 24 giugno 1908, n. 290) si ebbe in Italia la legge sullo stato giuridico degli impiegati: si veda CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 187 e ss. e CORPACI, *Il contributo di Errico Presutti al dibattito di fine secolo sul problema degli impiegati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXV (1975), pp. 841 e ss..

In particolare sul dibattito parlamentare e sull'opposizione al progetto Giolitti da parte delle associazioni sindacali degli impiegati, cfr. G. MELIS, *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale. Alle origini dell'organizzazione sindacale del pubblico impiego (1900-1922)*, Bologna, 1980, pp. 67-86.

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass. Roma, 3 gennaio 1880, Sez. Un., in *Manuale degli amministratori*, XIX (1880), n. 5/6, pp. 76-7, secondo la quale « ai pubblici funzionari compete di fronte all'Amministrazione un vero e proprio diritto civile e quindi un'azione esperibile avanti i tribunali ordinari per tutto ciò che riguarda i corrispettivi normali e le guarentigie loro assicurati da leggi organiche e regolamenti. Tutto ciò invece che concerne il conferimento degli impieghi, le punizioni, le ricompense, la disciplina e la carriera, rientra negli attributi propri dell'amministrazione e come sfugge alle norme del diritto civile, così è sottratto al controllo dell'autorità giudiziaria ». In quest'ultimo caso infatti l'amministrazione si sarebbe trovata ad esercitare « l'ufficio eminente di depositaria e tutrice degli interessi generali ». Cfr. anche Cass. Roma, 10 agosto 1881, Sez. Un., in *Corte supr. Roma*, VI (1881), pp. 983-984.

Sulla fissazione, dopo la legge sui conflitti del 1877, di nuovi equilibri di riparto più favorevoli al giudice ordinario, in tema di pubblico impiego,

Non si trattava di una giurisprudenza particolarmente pericolosa per le prerogative amministrative, visto che si limitava a ricondurre al sindacato giudiziario le questioni meno collegate con gli elementi di gerarchia, di ordinamento degli uffici, meno condizionate da quegli elementi di discrezionalità che esprimevano la libertà dell'amministrazione, il campo degli interessi e dell'amministrazione pura, quelle controversie più affini, per gli aspetti patrimoniali, alla « ragione privata »; ciò nonostante non mancarono resistenze sia da parte dell'amministrazione sia da parte di alcuni giuristi a dimostrare come la legge del 1877 avesse solo in parte scalfito l'autonomia e l'indipendenza del potere amministrativo ⁽⁶⁴⁾.

Lo stesso difficile equilibrio si cercò di realizzare nell'espropriazione per pubblica utilità riconoscendo l'inammissibilità di ogni sindacato sulla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, ma al tempo stesso ammettendo la competenza giudiziaria non solo riguardo alle questioni relative all'indennità o collegate alla determinazione della proprietà dei beni espropriati — già affermata dallo stesso Consiglio di Stato — ma anche relativamente alla legalità, all'osservanza di forme e di altri vincoli normativi da parte del procedimento espropriativo ⁽⁶⁵⁾.

concorde CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 32 e ss..

⁽⁶⁴⁾ Abbiamo già visto alla nota n. 61 le critiche di una rivista abbastanza sensibile alle esigenze dell'amministrazione nei confronti dei tentativi della Cassazione di estendere il controllo giurisdizionale su una parte delle controversie relative al pubblico impiego. Fra i giuristi favorevole ad un'integrale riserva all'amministrazione delle controversie con i suoi impiegati è MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. I, Firenze, 1880, p. 154.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. Roma, 10 luglio 1878, Sez. Un., in *Corte supr. Roma*, III (1877-8), pp. 660 e ss.. La Corte, pur riconoscendo all'autorità amministrativa l'esclusiva competenza sulla dichiarazione di pubblica utilità, stabiliva che al giudice ordinario spettava il compito di « determinare l'indennità dovuta in caso di contestazione », compito che « potrebbe estendersi eziandio a giudicare della *legalità* dell'atto, sia per la competenza dell'autorità amministrativa che emise la dichiarazione di pubblica utilità, sia per altri ostacoli legali che si opponessero alla chiesta espropriazione » (*ibid.*, pp. 661-2).

Al tema specifico dell'espropriazione per pubblica utilità ed ai criteri seguiti dalla Corte per la soluzione dei problemi di riparto dedica un'ana-

Analogamente si procedette per le acque pubbliche, materia che anche nel periodo intercorrente tra il 1865 e il 1877 aveva registrato una costante divergenza tra pronunciati della magistratura ordinaria e del Consiglio di Stato⁽⁶⁶⁾, mentre quei settori, nei quali prevalente appariva la presenza di sfere di libertà affidate al potere discrezionale della pubblica amministrazione, come tutti i provvedimenti presi per motivi di polizia, d'igiene, di sanità, rimanevano affidati pressoché integralmente alla competenza amministrativa⁽⁶⁷⁾.

Si venivano fissando così le linee di un sistema indubbiamente più rispettoso delle esigenze di tutela del cittadino, più propenso che in passato a riconoscere ipotesi di competenza della magistratura ordinaria e questioni relative a diritti civili e politici, ma proprio perché fondato sulla legge del 1865 costretto anche a rispettare un'ampia zona di esclusiva competenza amministrativa⁽⁶⁸⁾:

lisi accurata STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, cit., pp. 193 e ss. (A p. 211 l'esame delle sentenze relative all'espropriazione).

⁽⁶⁶⁾ Sul contrasto relativo alle acque eloquente la nota redazionale in *Repertorio generale*, cit., p. 1057: « fra il Consiglio di Stato e la magistratura ordinaria esiste una permanente e vera contraddizione circa l'intelligenza data all'articolo 124 della legge sui lavori pubblici: quello ritiene che finché non sia emanata una deliberazione amministrativa, per cui siansi riconosciute dannose le opere ordinate o autorizzate intorno ai fiumi, non possano i privati agire in giudizio sul risarcimento dei danni: questa invece ha costantemente giudicato in senso contrario ».

Sul riconoscimento della competenza giudiziaria, dopo la legge del 1877, in tema di danni derivanti da opere fluviali, cfr. CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 44 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Si vedano le sentenze della Corte di Cassazione citate da STIPO, *Le origini del riparto*, cit., pp. 241-2, che, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, riconoscono l'insindacabilità dei provvedimenti in materia di insalubrità e pericolosità di stabilimenti industriali e dei provvedimenti del sindaco relativi a polizia locale, pubblica sicurezza, transito stradale, edilizia ed igiene.

⁽⁶⁸⁾ Così nel 1884 il Procuratore generale sintetizzava i criteri seguiti dalla Cassazione nel fissare le linee del sistema di riparto: « serbato al potere giudiziario qualsiasi materia, nella quale, sotto qualsiasi aspetto, venga in questione l'esistenza o la lesione di un diritto, proveniente questa da un atto di gestione o d'impero, da difetto di facoltà, di competenza o di forma nel porre l'atto amministrativo ... tolto all'azione giudiziaria il

un sistema in cui essenziale era il dosaggio tra esigenze garantiste ed esigenze di autonomia del potere e che non emergeva soltanto dai repertori e dalle riviste di giurisprudenza, ma che trovava rispondenza immediata anche nelle pagine dei giuristi.

Così in manuali diffusi e famosi come il *Corso* di Gianquinto o le *Istituzioni* di Lorenzo Meucci il sistema di giurisdizione unica, anche alla luce delle pronuncie giurisdizionali della Cassazione romana, trovava una sistemazione teorica più matura, un definitivo inserimento nella globalità delle istituzioni amministrative.

sindacato dei provvedimenti che o non toccano diritti dalla legge garantiti, o sono dalla legge commessi alla discrezione dell'autorità amministrativa » (DE FALCO, *Discorso pronunziato presso la Corte di Cassazione di Roma nell'assemblea generale del 3 gennaio 1884*, Roma, 1884, pp. 24-5).

È noto l'ormai classico dissenso interpretativo esistente nella scienza amministrativistica contemporanea riguardo alla giurisprudenza sul riparto di competenze tra autorità giudiziaria e potere amministrativo, nel periodo precedente la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Si cfr. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. I, pp. 530-539 e GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 238-240, secondo i quali già da allora il sistema, grazie all'uso generalizzato della distinzione tra atti di gestione e d'impero, che solo i primi attribuiva alla competenza del giudice ordinario, si veniva strutturando sui principi di imperatività e di efficacia degradante del provvedimento amministrativo non solo legittimo, ma anche invalido (c.d. modello dell'« equiparazione »). Diametralmente opposta l'interpretazione di E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1964, pp. 94-105, che, negando la centralità della distinzione atti di gestione-d'imperio, ritiene che il giudice ordinario avesse una competenza più estesa di quella attuale.

Anche alla luce delle opere recenti — CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto*, cit., STIPO, *Le origini del riparto*, cit. — che in modo sistematico hanno analizzato la giurisprudenza del periodo, crediamo che le parole del Procuratore — sopra riportate —, spogliate della retorica consueta alle cerimonie d'inaugurazione dell'anno giudiziario, possano riprodurre abbastanza fedelmente lo stato reale della giurisprudenza del periodo. Come abbiamo già cercato di dire, indubbiamente la Cassazione, dal 1877, fissò, tra giurisdizione e amministrazione, un equilibrio che rispetto al passato riconosceva più frequentemente ipotesi di competenza giudiziaria. Se si ammise così un sindacato di legalità dell'atto d'impero — violazione di legge, di forma, di competenza — lesivo di un diritto del cittadino, non si poté fare a meno di riconoscere all'amministrazione spazi anche ampi di autonomia, quell'area di potere discrezionale simbolo della libertà della stessa amministrazione, limite invalicabile alla libertà del cittadino.

Accanto a pagine di tradizionale apologia della scelta che nel 1865 aveva portato all'abolizione del contenzioso amministrativo, assicurando quella « unità della giurisdizione (che) dev'essere sacra per la sicurezza del diritto »⁽⁶⁹⁾, non mancavano critiche precise e severe al sistema normativo, ma più che altro ottenevano una più accurata riflessione quei presupposti teorici che, mediando tra il principio generale di divisione dei poteri e l'idea di una magistratura unica e tendenzialmente universale, costituivano la difficile ossatura concettuale del sistema italiano di giurisdizione amministrativa.

Meucci poneva persino in dubbio la validità scientifica della formula diritto-interesse, « equivoca e pericolosa », perché, volendo sintetizzare la distinzione tra giurisdizione e amministrazione, poteva far passare quella che era una diversità di funzioni per una diversità di contenuto, di oggetto della funzione stessa.

A Meucci premeva essenzialmente fugare ogni incertezza sul fatto — non infrequente sotto la giurisprudenza del Consiglio di Stato — che questioni giuridiche potessero essere sottratte al sindacato del giudice ordinario: doveva essere chiaro che la formula non ripartiva le controversie giuridicamente rilevanti tra giudice ordinario e amministrazione, ma segnava semplicemente il limite posto al sindacato giurisdizionale, individuava quella sfera di « interessi non garantiti da legge » sui quali si esercitava la libertà dell'amministrazione e che di contro alle valutazioni discrezionali del potere dovevano limitarsi ad azionare una tutela « graziosa »⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Roma, 1879, p. 94. Su Meucci (Roma 1835-1905) professore di diritto amministrativo dal 1878 all'Università di Roma si può vedere il profilo di REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, cit., pp. 173-207. Il manuale di Meucci ebbe buona accoglienza (« il suo non è uno dei soliti lavori di compilazione »: così la nota bibliografica redazionale in *Rassegna Settimanale*, vol. 5°, n. 118, 4 aprile 1880, p. 251. Recensioni di opere giuridiche erano abbastanza frequenti nella bella rivista di Sonnino e Franchetti a testimonianza, come vedremo anche in seguito, di una grande attenzione per i problemi delle istituzioni dello Stato unitario) e larga diffusione anche negli anni successivi: il secondo volume uscirà nel 1884, mentre già nel 1887 appare una seconda edizione del manuale, poi ristampato fino alla VI edizione, nel 1892, nel 1898, nel 1905 ed infine nel 1909.

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*, p. 111.

Nelle pagine del giurista romano la legge del 1865 trovava una sistemazione teorica, consapevole certo delle esigenze del potere, della specialità del diritto amministrativo, ma anche capace di disegnare un quadro in cui ampia fosse la capacità di penetrazione e controllo del giudice ordinario nei fatti amministrativi, in cui la tutela dei diritti del cittadino giocasse un ruolo non secondario.

Nel manuale si snodava una critica serrata ai costrutti giurisprudenziali utilizzati dal Consiglio di Stato: la distinzione tra leggi d'ordine privato e d'ordine amministrativo, quella tra atti di gestione e d'impero, il divieto per il giudice ordinario di dichiarare l'illegittimità dell'atto oggetto della controversia⁽⁷¹⁾, tutti i postulati con i quali il Consiglio di Stato aveva fondato il riparto di competenze comprimendo i poteri della magistratura, si dimostravano, nell'analisi di Meucci, inconciliabili con i dati normativi sui quali si basava il sistema. La legge del 1865 non aveva stabilito — al di fuori del divieto di annullamento dell'atto⁽⁷²⁾ — altri limiti al giudizio intorno ai diritti civili e politici: nessun vincolo ulteriore al sindacato del giudice ordinario, introdotto giurisprudenzialmente, poteva essere conforme ai principi espressi con l'abolizione del contenzioso.

Era chiaro che il problema del riparto non si riferiva ad una suddivisione tra competenze del giudice ordinario e facoltà, prerogative, poteri della pubblica amministrazione, ma esprimeva, secondo le regole del diritto comune, la relazione esistente tra la legge, la norma e l'attività amministrativa; così come in Mancini il disegno di una competenza tendenzialmente generale del giudice ordinario non sembrava in contraddizione con il parallelo riconoscimento di un'area di esclusiva competenza amministrativa. La mancata estensione del controllo del giudice ordinario su tutta l'attività amministrativa, l'esistenza di controversie che rifluivano nelle garanzie offerte dagli strumenti di tutela interni all'ammini-

(71) *Ibid.*, pp. 77, 96, 99.

(72) Un divieto che Meucci non si asteneva dal considerare « un temperamento d'ordine meramente politico (che) non ha punto indole giuridica », un privilegio che negava « contro un principio d'ordine giudiziario al giudice l'esecuzione del proprio giudicato, limitando l'atto giudiziario a una accademica, platonica e inerme dichiarazione di diritto » (*ibid.*, pp. 100-101).

strazione, si spiegavano con l'impossibilità per la legge di coprire col vincolo della norma ogni settore dell'azione degli apparati, tutte le decisioni amministrative.

« La libertà del potere, che dicesi autorità, non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato che dicesi semplicemente libertà »⁽⁷³⁾: si esprimeva così un principio capace di salvare, almeno terminologicamente, la centralità del diritto del cittadino, la sua inviolabilità, senza al tempo stesso rinnegare margini anche ampi di autonomia dell'amministrazione.

L'esigenza comune a tutti, giuristi e politici, era quella di arrivare ad una sintesi tra autorità e libertà, tra primato dell'amministrazione e liberalismo amministrativo e abbiamo visto la varietà di equilibri che si era realizzata nelle aule parlamentari, nei tribunali, nelle pagine dei « professori »: Meucci era alle prese con le stesse problematiche e, se la sua opzione garantista lo portava a rifiutare la tendenza panamministrativa del Consiglio di Stato, nondimeno non poteva tralasciare l'altro polo della dicotomia, trascurare le ragioni dell'autorità.

Il settore del contenzioso era solo il campo in cui più evidente era lo scontro tra le esigenze dell'amministrazione e quelle del cittadino, ma la tensione che vi si agitava era la stessa che emergeva in altri aspetti ed istituti del diritto amministrativo, dalla stessa sua definizione fino ai problemi della codificazione o della responsabilità per fatto illecito della pubblica amministrazione⁽⁷⁴⁾.

In tutti questi istituti emergeva un conflitto profondo fra quella parte dell'amministrazione conquistata al diritto, alla legge, alla norma e quindi anche alla scienza e quella parte invece in cui prevaleva « l'arte della politica e dell'amministrazione, il meccanismo e il tecnicismo degli istituti », quel conflitto che rappresentava il maggior ostacolo allo spiegamento, anche nel diritto amministrativo, di una codificazione sul tipo di quella che aveva portato

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, p. 96.

⁽⁷⁴⁾ Esempio il caso della responsabilità in cui i principi di diritto comune dovevano adeguarsi alle esigenze del potere: « perché in pratica sia mantenuta inviolata la cerchia in cui agisce il potere amministrativo, e poiché questo deve avere di sua natura una parte discrezionale, la responsabilità dev'essere limitata ai casi in cui questa discrezionalità non sia offesa » (*ibid.*, p. 268).

il diritto civile ad una completa statalizzazione, alla sua fissazione in regole tendenzialmente immutabili ⁽⁷⁵⁾.

Vivien aveva detto molto efficacemente: « l'administration a besoin d'air et d'espace; la liberté est sa vie », senza però che questo determinasse qualcosa più di un limite in quel controllo contenzioso sull'attività amministrativa che doveva essere espressione di una piena funzione giurisdizionale ⁽⁷⁶⁾.

Così anche nella ricostruzione di Meucci, la « libertà discrezionale dell'atto amministrativo » ⁽⁷⁷⁾ finiva per acquisire un ruolo determinante negli equilibri tra i poteri: la discrezionalità che, a differenza della libertà del privato, trovava nella stessa sovranità la sua fonte, correva per tutti gli istituti, segnava il limite invalicabile da parte del potere giudiziario, rappresentava la stessa peculiarità del potere amministrativo. Rimaneva però un limite negativo, un qualcosa di necessario ma anche di residuale, il segno di una maturità ancora non raggiunta completamente dal diritto amministrativo, il frutto della stessa impossibilità della legislazione di tutto regolare e prevedere.

Si disegnava un modello in cui la relazione tra amministrazione e cittadino si risolveva in un rapporto tra due sfere di libertà, quella del privato garantita dal giudice ordinario, quella del potere assicurata dai limiti invalicabili segnati allo stesso sindacato giudi-

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*, p. 18. Sul tema della codificazione cfr. C. MOZZARELLI-S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVI (1976), pp. 1087 e ss. (le pagine su Meucci sono le pp. 1112-15).

⁽⁷⁶⁾ VIVIEN, *Etudes administratives*, cit., vol. I, p. 122. Il passo è citato anche da CHEVALLIER, *L'élaboration historique*, cit., p. 166. Il principio originario dell'istituzione del contenzioso secondo il quale « juger l'administration, c'est encore administrer » era criticato da Vivien, che affermava: « en cette matière comme en toute autre, dirons-nous, juger c'est juger » (*ibid.*, p. 130).

⁽⁷⁷⁾ MEUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 104. Anche in questa occasione Meucci non risparmiava critiche alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, colpevole di non aver ammesso il controllo dell'atto discrezionale neppure per gli aspetti dell'atto regolati e vincolati dalla norma: « ma perché appunto il magistrato possa rispettare e tutelare questa facoltà discrezionale che è diritto, è pur necessario che chi lo invoca mostri di esserne investito da legge, e per quella materia, e di averlo esercitato secondo le esterne condizioni e le forme di legge... » (*ibid.*, p. 105).

ziario. Ed era lo stesso modello che il legislatore aveva avuto presente nel 1865 e che aveva espresso nella formula diritto-interesse e che nelle pagine di Meucci trovava un sostegno convinto alla inviolabilità del diritto, ma anche un riconoscimento obbligato alla discrezionalità del potere.

Con maggiori aperture⁽⁷⁸⁾, certamente da non sottovalutare, Meucci fissava teoricamente un equilibrio che la Cassazione prudentemente realizzava nel concreto riparto di competenze e che, nei discorsi inaugurali dei suoi procuratori generali, rivendicava come sostanziale alternativa alla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In un manuale diffuso, più volte ristampato, Meucci aveva formulato quei principi teorici che segnavano le linee del sistema di giurisdizione unica, che sarebbero presto apparsi, di fronte a nuove esigenze e a nuove riflessioni, insufficienti ad assicurare gli equilibri istituzionali, ma che pure rimanevano il simbolo di un modello che non aveva voluto esprimere soltanto il primato dell'apparato, la centralità dell'amministrazione.

Ancora nel 1881 — anno in cui si dava alle stampe il volume del *Corso* di Gianquinto dedicato alla giurisdizione amministrativa e ai rapporti tra potere legislativo e amministrativo e tra amministrativo e giudiziario, parte di un'opera concepita e pubblicata già dalla metà degli anni '70⁽⁷⁹⁾ — la scienza giuridica italiana risol-

⁽⁷⁸⁾ Abbiamo già visto — nota n. 72 — la critica di Meucci all'art. 4 c. 2 dell'All. E. Interessante anche la posizione relativa alle azioni possessorie (*ibid.*, pp. 118-122), costantemente escluse dalla competenza del giudice ordinario dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, sotto il profilo dell'inconciliabilità del rimedio possessorio con l'obbligo del giudizio sui soli effetti dell'atto e quindi col divieto di annullamento e riforma dell'atto stesso (cfr. Cass. Roma, 10 luglio 1880, Sez. Un., in *Foro it.*, VI, (1881), I, p. 136).

Per Meucci anche la questione delle azioni possessorie rientrava nella regola generale per cui « per escludere azione o competenza giudiziaria è necessario non solo l'atto amministrativo, ma la prova della sua legittimità e di più che la lesione giuridica non possa provarsi indipendentemente dal merito dell'atto stesso » (*ibid.*, p. 122).

⁽⁷⁹⁾ DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. 3^o, pt. 2^a, Firenze, 1881. Il primo volume del *Corso* era infatti uscito nel 1877, il secondo nel 1879, mentre il terzo volume, suddiviso in prima e seconda parte, veniva pubblicato nel 1881.

veva nel modo consueto il problema della giurisdizione amministrativa. Vedremo nei prossimi capitoli come a quella data il dibattito giuridico-politico su questo tema avesse imboccato ormai altre strade, rispondendo a motivazioni diverse che avrebbero portato al superamento del sistema fissato con l'unificazione amministrativa.

In Gianquinto non troviamo novità sostanziali, ma una conferma di linee sufficientemente consolidate, percorse utilizzando concettualogie tradizionali ed in parte già superate da Lorenzo Meucci⁽⁸⁰⁾.

La giurisdizione amministrativa si presenta — come già in Meucci — il banco di prova su cui verificare il rapporto tra legge e amministrazione: l'equilibrio tra i poteri. La preminenza e supremazia della legge, « vera ed unica Sovrana in libero reggimento »⁽⁸¹⁾ colloca il potere legislativo al vertice di una piramide alla cui base stanno le due branche del potere esecutivo, il giudiziario e l'amministrativo. Ma l'amministrazione ha anche del legislativo « il medesimo titolo, la stessa origine, l'identico fondamento nella sovranità sociale e morale », è potere anch'essa, gode di quell'apprezzamento discreto, eccezionale per il giudice, ma regola generale per l'amministrazione⁽⁸²⁾.

Sono considerazioni che spingono Gianquinto a sostenere le sue tesi sui conflitti, già manifestate negli anni precedenti, ma anche a rivendicare la pienezza del sindacato giurisdizionale quando oggetto della controversia siano i diritti dei cittadini. L'apologia del sistema italiano, che rispetto al modello francese⁽⁸³⁾ ha rifiutato

⁽⁸⁰⁾ Le distinzioni tra « pura azione », « giurisdizione graziosa », « giurisdizione contenziosa », utilizzate da De Gioannis, sono già, almeno in parte, superate da Meucci che costruisce il sistema sul diritto soggettivo del cittadino da un lato, e sull'area di discrezionalità della pubblica amministrazione dall'altro, simbolo della libertà del potere e limite negativo alla libertà del cittadino.

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*, p. 655.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, pp. 652, 676, 691.

⁽⁸³⁾ Per una ricostruzione dell'itinerario seguito dal sistema francese, dall'affermazione del principio secondo il quale « juger l'Administration c'est aussi administrer » proclamato dal costituente del 1789, all'istituzione del Consiglio di Stato e dei Consigli di prefettura con le leggi napoleoniche dell'anno VIII, allo sviluppo di una grande giurisprudenza « pretoria » che

di distinguere magistratura e amministrazione secondo il criterio soggettivo della qualità dei contendenti, va di pari passo con la critica ai tentativi di sottrarre i « diritti amministrativi » alla competenza del giudice ordinario⁽⁸⁴⁾.

La distinzione tra diritto e interesse rimane in fondo il criterio più logico — « un principio elementare, che c'insegna la filosofia del diritto » — per garantire al cittadino pienezza di tutela anche nei confronti della pubblica amministrazione e contemporaneamente agli organi amministrativi la facoltà di gestire autonomamente gli « interessi collettivi e generali della Società », il modo migliore per conciliare sul piano del contenzioso ragione pubblica e ragione privata⁽⁸⁵⁾.

Il criterio distintivo sostenuto da De Broglie circa cinquant'anni prima — « toute plainte en revanche qui se fonde sur les termes exprès d'une loi ... est du ressort des tribunaux »⁽⁸⁶⁾ — rappresentava ancora la soluzione teorica più idonea ad esprimere il punto d'incontro tra le esigenze del potere ed i diritti dei cittadini.

culmina nella distinzione del contenzioso in contenzioso di piena giurisdizione, di annullamento, di interpretazione, di repressione (secondo una divisione che risaliva ad Edouard Laferrière — *retro* nota 19) e nella L. 24 maggio 1872 che segna il passaggio dalla « giustizia ritenuta » alla « giustizia delegata » basti qui rinviare a SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, cit.; J. M. AUBY-R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1962, vol. I, pp. 93 e ss.; M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 1963 (9e édition), pp. 16 e ss.; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1973 (5e édition), pp. 71 e ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1982, pp. 1-80.

⁽⁸⁴⁾ Vedi anche nota n. 26.

⁽⁸⁵⁾ DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. 3°, cit., pp. 574 e 672.

⁽⁸⁶⁾ DE BROGLIE, *De la juridiction administrative*, cit., p. 9° ed un passo analogo in DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. 3°, pt. 2°, cit., p. 576.

CAPITOLO SECONDO

TRA DIBATTITI POLITICI E NUOVI MODELLI AMMINISTRATIVI: UN GIUDICE DI PACE PER L'AMMINISTRAZIONE ITALIANA

Premessa. — 1. Tra modelli « parlamentari » e modelli « amministrativi ». — 2. Una fonte privilegiata: il progetto di Rudolf von Gneist. — 3. Alle origini del « germanismo amministrativo ».

Premessa.

Quella che abbiamo cercato di descrivere nel capitolo precedente era la situazione concreta, reale della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, sulla base del sistema normativo approvato con le leggi di unificazione nazionale, completato nel 1877 con la nuova disciplina dei conflitti di attribuzione.

Capire come e secondo quali motivazioni politiche e giuridiche si sia passati da questo sistema all'altro, quello stesso che con qualche modificazione è tutt'oggi vigente nel nostro paese, incentrato non più sul giudice unico ma sul giudice ordinario da una parte e sul giudice amministrativo dall'altra, sarà compito dei prossimi capitoli.

Una storia interna, tutta giuridico-parlamentare, di questa evoluzione sarebbe senz'altro legittima, darebbe risalto alla tecnicità ineliminabile in un tema complesso, anche dal solo punto di vista giuridico, qual è quello della giustizia amministrativa ed infatti è una storia già percorsa ed ormai ben nota nelle sue linee generali ad ogni cultore di cose amministrative.

La sola ricostruzione tecnico-giuridica può spiegare il « completamento » ⁽¹⁾, con le leggi crispine del 1889-90, del sistema

(1) Già ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 634, aveva notato: il sistema del 1865 « non parve in se stesso dannoso: apparve, sol-

di giurisdizione unica, ma farebbe torto ad un'ampia letteratura che visse il tema della giustizia amministrativa all'interno di un più complessivo modello politico e amministrativo, di un progetto istituzionale globale del quale il problema della tutela era solo uno degli elementi costitutivi, sacrificerebbe una reale complessità di approcci, suggestioni, modelli istituzionali, una complessità senza la quale riuscirebbe difficile capire le stesse soluzioni tecniche introdotte dal legislatore, le linee sulle quali il sistema veniva completato e strutturato.

Un profilo complesso che non è sfuggito ai primi « storici » della giustizia amministrativa italiana, ad Antonio Salandra in particolare, che per primo e con successo coniò la formula di « movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'amministrazione »⁽²⁾.

Crediamo che questo panorama politico e culturale, in cui visse il dibattito sull'integrazione degli strumenti di tutela predisposti nel 1865, non abbia così rappresentato soltanto l'« occasione » in cui emerse la questione della giustizia amministrativa⁽³⁾, ma sia stato qualcosa di più, una dimensione essenziale ed inscindibile dalla mera tematica istituzionale: penetrando in questa dimensione si avrà la possibilità di verificare le stesse linee giuridiche seguendo il particolare tipo di approccio che giuristi e politici ebbero alla « giustizia nell'amministrazione » e contemporaneamente

tanto, insufficiente. Né si chiese che fosse abolito, ma che fosse completato ».

(2) La definizione, ripresa un poco da tutti coloro che hanno studiato la formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa, risale al titolo di un capitolo del libro di SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 461-487.

(3) La tesi, secondo la quale l'atmosfera culturale in cui visse il dibattito sulla giustizia amministrativa rappresentò soltanto l'« occasione di emersione e di riemersione » del problema, è sostenuta da NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., pp. 728-9, più incline a vedere nell'istituzione della IV Sezione una « spinta di completamento necessario dello stato liberale ». Per comprendere a pieno la storicità e le peculiarità del sistema italiano ci sembra, tuttavia, indispensabile cercare di capire con quali suggestioni, con quali analisi dei fatti sociali e istituzionali, all'interno di quali modelli politici, la classe dirigente liberale affrontò la vicenda della giustizia amministrativa, che non può del resto essere scissa da un tentativo più generale e complessivo di riforma dello Stato e delle strutture istituzionali.

la possibilità, sia pure attraverso uno scandaglio la cui tecnicità e particolarità giuridica non va dimenticata o sottovoluntata, di avere uno spaccato del progetto istituzionale, di quel *Sistema dello Stato giuridico* ⁽⁴⁾, che la classe dirigente liberale ebbe in mente e cercò di realizzare.

Di conseguenza non sarà sufficiente una lettura « formalizzata », limitata ai soli istituti che in senso stretto appartengono alla giustizia amministrativa, ma andranno riscoperti quei legami, vivissimi allora nella cultura diffusa dell'amministrazione, con tematiche quali quelle del decentramento, dei funzionari onorari, dei consigli della Corona, del bilancio, dello statuto giuridico del pubblico impiego, che potrebbero apparire lontane da quelle proprie ed esclusive della giustizia amministrativa, ma che in realtà facevano parte di un complesso e non sempre coerente progetto politico-amministrativo unitario.

La giustizia amministrativa deve essere così studiata come parte fondamentale, ma non esclusiva di questo progetto, per capire al tempo stesso le peculiarità del sistema italiano di tutela del cittadino e l'imprescindibile dimensione storica in cui questo sistema fu definitivamente formato.

Proprio per questo non è possibile concentrare l'attenzione esclusivamente su quel decennio degli anni '80 in cui la tematica della giustizia amministrativa emerse con grande rilevanza all'interno del dibattito politico e istituzionale per trovare poi la propria conclusione nel solco delle riforme crispine, ma occorre ripercorrere a ritroso quell'itinerario culturale, individuare il momento in cui la questione dell'integrazione del sistema di giurisdizione unica si presentò per la prima volta alla coscienza giuridica postunitaria.

Vedremo così che la battaglia per la « giustizia nell'amministrazione » sin dall'inizio investe la globalità delle questioni istituzionali, i modelli costituzionali, si sviluppa in connessione con significative influenze culturali, con l'aggiornamento delle fonti politiche e giuridiche, si cala in un momento in cui il pensiero politico

⁽⁴⁾ È il titolo di una monografia di Angelo Majorana pubblicata in *Antologia giuridica*, III (1889), fasc. V-VIII, pp. 377-567, appartenente pertanto ad un periodo in cui alla fase progettuale si va ormai sostituendo — come vedremo nei prossimi capitoli — la fase scientifico-sistemica.

italiano utilizza ormai la centralità dell'amministrazione in funzione diretta degli stessi equilibri costituzionali, scopre un'« anglofilia amministrativa » che porterà progressivamente il dibattito dai partiti all'amministrazione, dal bipartitismo alle riforme istituzionali.

L'abbandono della tradizionale « anglofilia costituzionale », così evidente ancora negli scritti di uno Stefano Jacini o di un Sidney Sonnino, la ricerca di nuovi equilibri tra costituzione e amministrazione verrà così a caratterizzare un periodo particolarmente significativo della stessa cultura giuridica italiana, segnerà il successo del « germanismo amministrativo », la diffusione di nuove fonti e di nuovi modelli sino ad allora poco conosciuti ed ancor meno utilizzati.

Con il progressivo delinearsi del primato dell'amministrazione sulla costituzione, dell'istituzionale sul politico si affermerà anche un nuovo primato culturale: le costruzioni dogmatiche ed i modelli politici, le categorie concettuali ed i progetti dei giuristi tedeschi intesseranno presto la riflessione e le proposte della classe dirigente liberale.

1. *Tra modelli « parlamentari » e modelli « amministrativi ».*

La scelta di abolire il contenzioso amministrativo e di attribuire al giudice ordinario le controversie relative ai diritti civili e politici, attuata nel 1865, aveva incontrato notevoli consensi fra i giuristi: i criteri teorici che avevano guidato il legislatore dell'unificazione erano serviti per interpretare e fondare il sistema; lo stesso dibattito sviluppatosi nella prima metà degli anni '70 sui conflitti di attribuzione — come abbiamo visto nel capitolo precedente — si era indirizzato verso una razionalizzazione del modello introdotto con l'all. E, non aveva costituito l'occasione di emersione di nuove esigenze e di nuove problematiche, il momento di fondazione di una riforma generale della giurisdizione amministrativa.

Il tema amministrativo, tuttavia, rimaneva al centro dei dibattiti politici e delle iniziative parlamentari: il modo autoritario col quale si era realizzata l'unificazione del paese aveva permesso di imporre radicalmente la scelta accentratrice, ma non aveva certo sopito i dissensi che, all'interno stesso della Destra, si erano manifestati intorno all'alternativa decentramento-accentramento. Le

relazioni tra centro e periferia, gli equilibri tra libertà locali e unità dello Stato costituirono una « questione » amministrativa sempre riproposta e ridiscussa che, se non produsse effetti pratici sostanzialmente alternativi al disegno accentratore dell'unificazione⁽⁵⁾, coagulò sempre un'analisi ed una riflessione politica più complessiva, che investiva, al di là dell'assetto delle strutture istituzionali, lo stesso modello costituzionale, i rapporti tra « governanti » e « governati », la legittimazione ed i progetti della classe dirigente al potere. Rimettere in discussione i principi secondo i quali si era costruito lo Stato significava anche svelare la dialettica tra « Italia legale » e « Italia reale »⁽⁶⁾, aggiornare le scelte e le strutture alla luce della scoperta del paese.

È questo il quadro che emerge in un testo classico del pensiero liberale italiano — la *Lettera agli elettori di Terni* di Stefano Jacini —, forse l'esempio più rappresentativo e più noto di quella letteratura politico-istituzionale particolarmente viva nei decenni

⁽⁵⁾ Si cfr. le osservazioni di A. BERSELLI, *La Destra storica dopo l'Unità*, vol. 2°, *Italia legale e Italia reale*, Bologna, 1966, pp. 80 e ss., circa l'« impotenza della Destra » nel settore del decentramento e le conclusioni di RAGIONIERI, *Accentramento e autonomie nella storia dell'Italia unita*, in *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, cit., p. 166, relativamente al fallimento del Programma Ponza-Jacini.

Molto ampia la letteratura sul decentramento; oltre ai testi sopra citati si vedano almeno: A. CARACCILO, *Stato e società civile. Problemi dell'unificazione italiana*, Torino, 1968 (I ed. 1960), pp. 67 e ss.; PAVONE, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica*, cit.; G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli, 1966; R. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura (1862-1942)*, Milano, 1971; CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, cit., pp. 55 e ss., al quale rinviamo anche per più esaurienti indicazioni bibliografiche (*ibid.*, pp. 102-107); G. DE CESARE, *L'ordinamento comunale e provinciale in Italia dal 1862 al 1942*, Milano, 1977; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Lo stato liberale. Il regime fascista*, Cagliari, 1983, pp. 215 e ss.; R. GHERARDI, *Le autonomie locali nel liberismo italiano (1861-1900)*, Milano, 1984.

⁽⁶⁾ Sulle origini « clericali » della formula cfr. le osservazioni di A. GRAMSCI, *Risorgimento italiano*, in *Quaderni del carcere*, edizione critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Torino, 1975, vol. 3°, pp. 2057-8, riprese da G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, tomo V, *La costruzione dello Stato unitario*, Milano, 1968, p. 405.

a cavallo tra Destra e Sinistra e che costituì l'ossatura teorica, il campo delle riflessioni e dei progetti della classe dirigente⁽⁷⁾.

Scritto nel gennaio del 1870 in occasione delle dimissioni dal proprio seggio alla Camera, date da Jacini al momento del passaggio al Senato, l'opuscolo si presentava nella forma come lettera di giustificazione del « deputato dimissionario » ai propri elettori, ma costituiva in realtà una fitta analisi della situazione italiana a partire dalla conclusione della fase costituente, dal superamento del « Governo provvisorio » che dal 1859 al 1866 aveva realizzato le strutture dello Stato unitario⁽⁸⁾.

Il dibattito istituzionale usciva da quell'atmosfera di eccezionalità, caratterizzata dalla concessione dei pieni poteri al governo, nella quale era stata votata la legislazione dell'unificazione, da quello stato di necessità che aveva bloccato ogni tentativo di sottrazione di competenze all'amministrazione centrale come attentato alla debole unità appena raggiunta e « minacciata di continuo »⁽⁹⁾. Conclusa la fondazione dello Stato, occorre prendere coraggiosamente atto della realtà del paese, introdurre quelle riforme amministrative e politiche capaci di rilegittimare una classe dirigente che, esaurito il suo compito iniziale, era ormai alle prese con la gestione « ordinaria » della società italiana.

(7) Molto critico e riduttivo il giudizio di CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, cit., p. 127 secondo cui « i più dei polemisti e riformatori si davano a escogitare meccanismi istituzionali da sostituire a meccanismi istituzionali, ritocchi da introdurre nell'ordinamento parlamentare o limitazioni di questo; e, in questi loro pensieri, restavano come esclusi dalla realtà, impotenti a operare sopr'essa, inascoltati o ciascun ascoltante se stesso, perché ciascuno aveva la sua propria costruzione o costruzione-cella ». Il passo si riferisce, fra gli altri, anche a Stefano Jacini ed indubbiamente coglie alcuni aspetti reali di questa letteratura politica, ma va letto all'interno di una visione fortemente apologetica delle istituzioni dell'Italia liberale.

(8) « La precarietà delle condizioni del Regno non permetteva, che in un momento di rivoluzione, venisse sottratta la dittatura dei diritti politici al ceto il più colto e il più rivoluzionario »: il « Governo provvisorio » è riuscito a costruire « uno Stato; e non ha mancato di dotarlo di ogni sorta di requisiti conformi all'esigenza della civiltà moderna ». Così S. JACINI, *Sulle condizioni della cosa pubblica in Italia dopo il 1866. Lettera agli elettori di Terni del loro deputato dimissionario*, Firenze, 1870, pp. 43 e 45.

(9) *Ibid.*, p. 42.

A Jacini non mancavano certo lucidità di analisi e realismo politico⁽¹⁰⁾: sia pure viste nell'ottica di un conservatore, ma largamente illuminato, emergevano quasi con durezza le ristrette basi sociali della classe dirigente al potere, la natura fortemente elitaria di un sistema rappresentativo al quale non partecipava più dell'uno per cento della popolazione.

La riforma parlamentare e quella amministrativa divenivano le vie necessarie, indispensabili per colmare il divario profondo che separava il paese reale dalla propria classe politica. L'allargamento del suffragio e l'introduzione di un largo decentramento amministrativo, che rifondasse secondo la vera « indole della nazione » le strutture dello Stato, non dovevano essere le premesse per un'apertura democratica del sistema rappresentativo, ma i poli su cui costruire una più forte unità politica, un « vero partito conservatore » che avrebbe costituito al tempo stesso la garanzia di una maggiore stabilità e la condizione essenziale per la formazione di un ordinamento saldamente incentrato sulla dialettica tra partiti politici reali, portatori di programmi effettivi e non sull'asfittica contrapposizione tra le consorterie, le « chiesuole » di Destra e di Sinistra⁽¹¹⁾.

Nel panorama di quegli anni il libretto di Jacini spiccava per la linearità e la lucidità dell'analisi, per la franchezza con la quale si mettevano a nudo le vere « condizioni della cosa pubblica », ma esprimeva preoccupazioni e problemi diffusi, l'ansia per un modello parlamentare non perfettamente realizzato nella concreta vita politica italiana⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Non occorre ricordare che Stefano Jacini presiedette anche la giunta incaricata di condurre l'Inchiesta agraria i cui lavori iniziarono nel 1877: cfr. CARACCILO, *L'inchiesta agraria Jacini*, Torino, 1973 (1^a ed. 1958), pp. 33 e ss.

⁽¹¹⁾ JACINI, *Sulle condizioni della cosa pubblica in Italia dopo il 1866*, cit., pp. 98 e 73. E a p. 65: « com'è egli possibile che si costituisca un partito conservatore, se le condizioni della cosa pubblica odierna non sono che una continua fantasmagoria? ». Giustamente famose sono le pagine dedicate alla riforma amministrativa nelle quali, dopo l'accantonamento dei progetti Minghetti del 1861, ricompariva la proposta di istituire dei « corpi amministrativi e rappresentativi delle Regioni ». Sul punto cfr. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura*, cit., pp. 71 e ss.

⁽¹²⁾ Cfr. le osservazioni di S. SONNINO, *Del Governo rappresentativo*

Questo primo scorcio degli anni '70, del resto, offriva alla riflessione e al dibattito eventi di grande rilevanza storica: la soluzione della questione romana ed i nuovi rapporti col Papato, il trasferimento della capitale a Roma e la conclusione del processo di unificazione del paese. Si pensi in particolare alla forza suggestiva di fatti come la Comune di Parigi: « la cosa urge. La questione sociale si fa ogni giorno più difficile e complessa » (13).

I problemi istituzionali acquistavano immediatezza, attualità evidente: gli interventi sul sistema rappresentativo andavano ormai visti in funzione anche del pericolo che le « classi scontente » e gli « interessi conculcati » dimostravano di poter costituire per la stabilità e la sicurezza dell'ordine e delle gerarchie sociali.

Il libretto di Jacini cadeva dunque in un momento particolarmente ricco di fermenti e favorevole ad una verifica dei modelli di organizzazione del potere fissati all'atto dell'unificazione; rappresentava nell'immediato la base programmatica per nuovi equilibri e accordi tra le forze politiche in vista delle elezioni del novembre 1870, la base di quel « partito nuovo » da più parti auspicato (14),

in Italia, Roma, 1872, ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari*, vol. I, 1870-1902, a cura di B. F. Brown, Bari, 1972, pp. 39 e ss., secondo il quale le proposte di riforma del suffragio, di decentramento amministrativo, le aspirazioni alla formazione di un partito conservatore, cercavano di risolvere il problema di tutti, l'assenza dei partiti, la presenza alla Camera di « minute chiesuole ».

(13) *Ibid.*, p. 54. « I fatti della Commune di Parigi dimostrano più che mai la necessità di una rappresentanza proporzionale delle minoranze non meno che delle maggioranze » (p. 56). « Si dia la proporzionale rappresentanza alle classi scontente e agl'interessi conculcati ed allora si potrà davvero veder in faccia questo nuovo movimento sociale, studiarne meglio il progressivo sviluppo e pacificamente sedarlo » (p. 55). Sul collegamento tra l'impressione profonda suscitata dai fatti della Comune sulla classe dirigente italiana ed il dibattito sull'allargamento del suffragio, cfr. BERSELLI, *Italia legale e Italia reale*, cit., pp. 107 e ss.

(14) Un attento esame delle vicende relative al convegno fiorentino del 5-6 novembre 1870 e della genesi del Programma Ponzà-Jacini è in BERSELLI, *Italia legale e Italia reale*, cit., pp. 44 e ss. Il Programma, pubblicato col titolo *Il decentramento*, in *Il Diritto* del 14 novembre 1870, si può leggere ora in JACINI, *La riforma dello Stato e il problema regionale*, a cura di F. Traniello, Brescia, 1968, pp. 163-185. Il programma era fortemente condizionato da esigenze di tattica politica

ma in prospettiva diveniva un termine di riferimento obbligato nell'analisi come nel progetto istituzionale: lo dimostra lo stesso dibattito sul suffragio⁽¹⁵⁾ che non si sottrasse neppure allo studio dei complessi aspetti tecnici dei meccanismi elettorali⁽¹⁶⁾ e che rimase anche negli anni successivi al centro dell'attenzione della classe dirigente in stretta correlazione con la consapevolezza delle condizioni della società italiana, punto di scontro tra aperture democratiche e strumentalizzazioni conservatrici sullo sfondo dello « spettro clericale » e dell'atteggiamento delle grandi masse contadine⁽¹⁷⁾.

Nuovi fermenti, prospettive, problemi emergevano dal crogiolo delle idee e dei programmi politici di fronte alle esigenze di

ed elettorale — le elezioni si tennero il 20 e il 27 dello stesso mese — e rispetto alla *Lettera agli elettori di Terni* era molto più cauto specialmente sul problema del suffragio. Un giudizio molto drastico sul programma è quello di RAGIONIERI, *Accentramento e autonomie*, cit. p. 165, mentre Traniello è più incline a valutare le esigenze del momento politico e la necessità di non alienarsi tutte le simpatie della Destra (F. TRANIELLO, *Introduzione*, in JACINI, *La riforma dello Stato*, cit., pp. 30-31..

⁽¹⁵⁾ Jacini aveva proposto il suffragio universale a due gradi basandosi anche sull'autorità di un passo di Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*, in *Oeuvres complètes*, tome I, vol. I, Paris, 1961, pp. 207-8) secondo il quale le repubbliche americane avrebbero dovuto « multiplier les deux degrés dans leur système électoral, sous peine de se perdre misérablement parmi les écueils de la démocratie ». In una lettera a *La Perseveranza* pubblicata il 9 febbraio 1870 — ora in JACINI, *La riforma dello Stato*, cit., pp. 137-146 — Jacini, pur non considerando il doppio grado una parte intangibile della sua proposta, esprimeva le sue perplessità sulla possibilità di adottare il suffragio diretto: « già da due anni, io sto raccogliendo materiale per un lavoro sulle condizioni delle popolazioni agricole d'Italia. Non posso anzi dissimulare che siffatto studio ha esercitato qualche influenza sulle idee politiche che ho esposte » (p. 144).

Sonnino aveva invece sostenuto l'indispensabilità del suffragio diretto in *Il suffragio universale in Italia*, Firenze, 1870, ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari*, vol. I, cit., pp. 3-29.

⁽¹⁶⁾ Il problema della rappresentanza delle minoranze è affrontato con grande competenza tecnica da SONNINO, *Della rappresentanza proporzionale in Italia*, Firenze, 1872, ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari*, vol. I, cit., pp. 65-96.

⁽¹⁷⁾ Cfr. R. VILLARI, *Conservatori e democratici nell'Italia liberale*, Bari, 1964, pp. 76 e ss. e E. ROTELLI, *Le istituzioni politiche e amministrative dell'Italia unita*, in *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, Bologna, 1981, pp. 53 e ss.

un paese che si cominciava a comprendere ed analizzare nei suoi tessuti più intimi e che avrebbe rivelato negli anni seguenti attraverso le indagini giornalistiche, i viaggi individuali e le inchieste parlamentari le sue contraddizioni sociali ed economiche.

In questi primi anni '70, tuttavia, si manifestavano appena i prodromi di fatti e dibattiti successivi; la riflessione comune, al di là delle diverse proposte di riforma politica o amministrativa — come riconosceva Sonnino — si muoveva intorno al problema di tutta la classe dirigente: l'assenza dei partiti, la presenza alla Camera di « minute chiesuole »⁽¹⁸⁾. Era il tema famoso e sentito della « dozzina delle Destre »: si avvertiva la difficoltà delle compagini parlamentari di superare le divisioni regionalistiche, le consorterie dei notabili attraverso la formazione organica di partiti politici; si scoprivano le prime operazioni trasformistiche che già allora accomunavano, su singoli temi, gli uomini di Destra e di Sinistra⁽¹⁹⁾.

Le riforme amministrative e del suffragio erano direttamente funzionali al tentativo di ristabilire un'armonica dialettica parlamentare: c'è un modello inglese a cui far riferimento, ma è un modello costituzionale o meglio è un modello parlamentare, il modello del bipartitismo, della dialettica tra *Whigs* e *Tories*, ben diverso da quello che vedremo, nei prossimi paragrafi, recepito negli stessi anni grazie alla mediazione degli autori tedeschi.

Le preoccupazioni di Jacini, di Sonnino, di Ponza di San Martino hanno per oggetto questa dialettica parlamentare. « Malcontento amministrativo » e « malessere politico » sboccano in prospettive di riforma che, anche quando riguardano strutture amministrative, il decentramento per esempio, hanno come obiettivo centrale una diversa e più stabile organizzazione della classe politica, la fondazione di quelle basi che permettano « l'evoluzione naturale dei partiti politici »⁽²⁰⁾.

La soluzione della cronica debolezza della classe dominante passa attraverso la centralità del Parlamento e non attraverso il

⁽¹⁸⁾ Il passo è citato alla nota 12.

⁽¹⁹⁾ Cfr. BERSELLI, *Italia legale e Italia reale*, cit., pp. 82-89.

⁽²⁰⁾ È il titolo del volumetto di JACINI, *I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici. Considerazioni*, Milano, 1879. Citeremo dalla ristampa anastatica, Bologna, 1972.

rafforzamento delle strutture autoritarie dell'amministrazione, del potere: certo, anche nella prima ipotesi non si tratta di dare rappresentatività a nuove classi emergenti, di mettere in discussione l'assetto sociale esistente, ma semmai di attribuire una legittimazione più stabile alla ristretta schiera dei « governanti ». Si deve riscoprire la naturalità della dinamica politica, la dialettica tra « conservatorismo e liberalismo » che « quando coesistono in permanenza nel seno di un corpo politico, l'uno di fronte all'altro, formano insieme le condizioni necessarie della sua salute normale, e sono destinate, nell'interesse del progresso civile, a prevalere alternativamente » (21).

Si prospettava in questo modo per il sistema politico italiano un modello ideale, una soluzione parlamentare che richiedeva alla classe dirigente capacità egemoniche e di guida di un paese arretrato, per di più *late comer* nello sviluppo industriale, difficilmente esercitabili senza ricorrere a strumenti autoritari: sia la « dittatura dei savi » della Destra storica (22), sia la trasformazione dei partiti, con l'avvento della Sinistra e di Depretis al potere, erano il segno della debolezza della classe politica, della sua incapacità di accettare completamente le pericolose aperture del sistema parlamentare, il sintomo di equilibri politici precari ed instabili.

(21) *Ibid.*, p. 14. Sulla base di una valutazione politica aggiornata alle vicende della « rivoluzione parlamentare » ed all'avvento della Sinistra al potere, Jacini riproponeva, ma in forma più sfumata, le proposte di riforma elettorale e amministrativa già sostenute nel 1870: più ampio è lo spazio assegnato al decentramento burocratico e molto moderata è anche l'istanza regionalistica: « non ci sarebbe bisogno di un parlamentino regionale. Basterebbe che le singole Deputazioni provinciali di una data regione incaricassero ciascuna due o tre dei propri colleghi a convenire insieme con quelli delle altre, per deliberare intorno alle spese da farsi in comune, salva l'approvazione dei rispettivi Consigli comunali ».

Il volume rimase, tuttavia, a lungo un punto di riferimento per gli studi sul decentramento: si vedano le ampie citazioni che ancora S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, 1897, vol. IV, pt. I, ora in *Scritti minori*, raccolti da G. Zanobini, vol. 2°, *Diritto amministrativo*, p. 39 e p. 64, faceva di questo scritto del 1879.

(22) Su « il mondo dei savi » classiche le pagine di F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896*, Bari, 1965 (I ed. 1951), vol. I, pp. 396 e ss.

Le scarse possibilità del liberalismo italiano di trasformarsi in un partito moderno, capace di organizzare il consenso e di rilegittimare la classe dirigente⁽²³⁾, erano del resto svelate lapidariamente dal modo quasi sarcastico con cui un conservatore poco incline alla difesa del regime parlamentare come Ruggiero Bonghi accoglieva su *La Perseveranza* il libretto di Jacini del 1879: la distinzione dei partiti politici proposta da Jacini « sarebbe eccellente. L'Inghilterra non n'ha altra »⁽²⁴⁾.

Si veniva determinando così — come molto lucidamente è stato detto — una « secolarizzazione mancata della politica italiana »⁽²⁵⁾, l'abbandono di qualsiasi prospettiva di democratizza-

(23) Il fatto che in Italia mancassero le condizioni sostanziali di una vita costituzionale all'inglese era messo in rilievo anche da N. MARSELLI, *La rivoluzione parlamentare del marzo 1876. Considerazioni*, Torino, 1876, p. 116, che già aspirava ad un grande partito nazionale ed a possibili operazioni trasformistiche.

Del resto lo stesso SONNINO, *Dove andiamo?*, in *La Rassegna settimanale*, I, 10 febbraio 1878, ora in *Scritti e discorsi extraparlamentari*, vol. I, cit., p. 226 puntava ormai « in mezzo al battagliaire dei partiti » a salvare il principio della continuità delle istituzioni: « dove si diminuisce di troppo le prerogative del potere esecutivo, diminuisce l'ufficio della Corona nello Stato, cresce, *ipso facto*, l'importanza, anzi la necessità del governo della burocrazia alta e bassa. E ciò perché questa resta la sola rappresentante della *continuità* nella condotta della *res publica*, continuità che è condizione assoluta di vita e di progresso ordinato e costante ». Su questo indirizzo della riflessione politica sonniniiana cfr. le osservazioni di R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, pp. 69-70.

(24) R. BONGHI, *I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici in Italia*, in *La Perseveranza*, 11 novembre 1879, ora in *Id.*, *Programmi politici e partiti*, a cura di G. Gentile, Verona, 1933, p. 201. Su Bonghi oltre alla voce di P. SCOPPOLA, *Ruggiero Bonghi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XII, Roma, 1970, pp. 42-51, si vedano F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1971 (2ª ed.), pp. 72 e ss. e E. RIPEPE, *Le origini della teoria della classe politica*, Milano, 1971, pp. 130 e ss.

(25) L'espressione è di P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, pp. 131-145, che rileva come nella classe politica italiana, fino all'introduzione del suffragio universale nel 1912, sia stata prevalente la ricerca di « un contrappeso burocratico all'elemento elettivo » sulla base del principio secondo il quale « non v'è salvezza in forme di democratizzazione; v'è salvezza piuttosto in forme di

zione, la rinuncia ad ogni possibilità di organizzazione in partito: soltanto al livello teorico del progetto, delle strade non percorse, rimaneva il modello politico, velato anch'esso probabilmente da strumentalizzazioni e motivazioni conservatrici, che una frangia illuminata della Destra storica aveva proposto in quegli anni '70 al paese ⁽²⁶⁾.

L'incapacità della Destra di superare le « chiesuole » dei notabili attraverso la formazione di un organizzato partito conservatore, l'impossibilità di mettere in pratica quelle proposte jaciniane di modernizzazione del sistema politico, che richiedevano alla classe dirigente ampie facoltà di organizzazione del consenso, spinsero lo stesso dibattito istituzionale a rivedere i rapporti tra amministrazione e politica, a ricercare nuovi equilibri tra istituzioni e « partiti ».

Se nel progetto jaciniano le riforme amministrative, lo studio di un nuovo assetto tra centro e periferia mirano ad una più solida organizzazione della classe dirigente, da ottenere però attraverso la realizzazione di una più corretta e « naturale » dinamica parlamentare, la questione istituzionale registra in questi stessi anni nuove voci, nuove suggestioni, nuovi modelli, all'inizio quasi inosservati, privi di qualsiasi effetto pratico, ma che monopolizzeranno presto la letteratura politica. Si potrebbe dire che da un'anglofilia « costituzionale » si passa ad un'anglofilia « amministrativa »: il centro del dibattito si sposta infatti progressivamente dalle tematiche costituzionalistiche alla centralità dei « rimedi » amministrativi, dai problemi connessi all'imperfetta realizzazione del sistema parlamentare secondo il modello inglese alla ricerca di più salde strutture dell'apparato pubblico-amministrativo da opporre all'instabilità della politica.

burocrazizzazione ». Come vedremo, proprio intorno ad un'idea di centralità dell'amministrazione si snoderanno le proposte di riforma della giustizia amministrativa.

⁽²⁶⁾ Pur non sottovalutando le linee conservatrici del pensiero jaciniano, ci sembra corretto il giudizio di PAVONE, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica da Rattazzi a Ricasoli*, cit., p. 4, secondo cui Stefano Jacini fu lo « scrittore e uomo politico dedicatosi con più tenacia a tenere aperta la possibilità di un'alternativa di moderatismo classico ».

Il progetto incentrato sul partito si converte in un progetto incentrato sull'amministrazione nella consapevolezza che alla crisi dello Stato si risponde prevalentemente sul piano del consolidamento delle strutture istituzionali, che la stabilità, la continuità non va conquistata nelle mutevoli aule parlamentari, ma nella costruzione di una forte organizzazione amministrativa. Si rinuncia alle « pericolose » proposte di allargamento del suffragio per ricercare nelle riforme amministrative la garanzia di più sicure basi per la minacciata supremazia della classe dirigente.

Ed uno dei canali principali attraverso i quali si muove questo tentativo di rinnovare il primato dell'amministrazione è costituito dalla recezione del pensiero politico e giuridico tedesco che proprio in questi anni mostra le prime importanti influenze sulle riflessioni italiane: talvolta si ha una comunanza di obiettivi politici o di progetti istituzionali, più spesso c'è l'adozione di un linguaggio uniforme, di un frasario comune.

Si fa pian piano strada una letteratura disponibile alla recezione, pronta a commisurare l'analisi della situazione italiana ed in particolare gli interventi di riforma delle istituzioni a corrispondenti analisi e riforme sperimentate in terra tedesca: si tratta di una letteratura particolarmente attenta alle disfunzioni del sistema parlamentare, preoccupata delle tensioni crescenti tra Stato e società, indirizzata verso la ricerca di correttivi amministrativi che permettano all'organizzazione del potere una maggiore stabilità e continuità, di una letteratura in cui prevalgono ansie conservatrici, ma capace di esprimere attraverso i suoi esponenti migliori una tensione sincera verso un aggiornamento ed una razionalizzazione delle strutture politiche, verso un allargamento delle garanzie giuridiche del cittadino.

All'interno di questa letteratura si svilupperà la questione della « giustizia nell'amministrazione », si inizierà a discutere delle insufficienze della normativa del 1865, si cercherà di battere nuove strade più rispondenti alle diverse esigenze che salgono dalla dinamica istituzionale. Emergeranno così nuove proposte, all'inizio confuse in un crogiolo indeterminato di progetti amministrativi, poi, specialmente nel dibattito giuridico, sempre più specificamente rivolte alla soluzione dei problemi della tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, sempre più inserite nella pro-

spettiva del completamento del sistema di giurisdizione unica formato con le leggi di unificazione nazionale.

Ed i primi fermenti di questa letteratura sul parlamentarismo, di cui — come vedremo — quella sulla giustizia amministrativa è solo un rivolo e non sempre ben definito, si agitano già all'inizio degli anni '70, dimostrano che la ricerca di nuovi equilibri costituzionali e amministrativi anima già la riflessione politica della Destra storica, che è già costituito quel nucleo problematico che la « rivoluzione parlamentare » del 1876, l'alternativa tra Destra e Sinistra tradurranno in un dibattito generalizzato e diffuso sulle strutture istituzionali fissate con l'unificazione.

La ricerca dei primi passi del « germanismo amministrativo » fra la fine degli anni '60 e l'inizio dei '70 diventa così un'operazione necessaria per svelare meglio la complessità e la ricchezza di una pubblicistica istituzionale sempre viva intorno alla debolezza delle strutture dello Stato unitario, per riconoscere che la centralità delle tematiche amministrative ha rappresentato un dato costante e persistente nella storia dell'Italia liberale.

Ancora una volta è la questione del decentramento ad innescare nuove proposte, a suscitare letture diverse da quelle consuete dei Constant e dei Tocqueville, a promuovere il confronto con quel *selfgovernment* inglese sempre idealizzato dal liberalismo italiano, ma ora offerto attraverso la mediazione degli autori tedeschi, di Rudolf von Gneist innanzi a tutti.

L'unificazione del paese è ormai un fatto tangibile, si è chiuso il decennio eccezionale di edificazione dello Stato, ma non è venuta meno l'ansia per la stabilità e la continuità delle strutture istituzionali: se il primato dell'amministrazione, negli anni del coronamento del processo risorgimentale, ha espresso un obiettivo da realizzare e da difendere contro le fratture regionali, contro i nemici interni ed esterni della unità appena raggiunta, ora si tratta di recuperare il valore fondamentale, costituzionale, ma alla luce di nuove esigenze, di nuove tensioni tra « paese reale » e classe dirigente.

Le opere di Gneist offrono un progetto concreto, politicamente realizzabile, ma hanno in più il carattere della « scientificità », la legittimazione « indiscutibile » rappresentata dallo studio profondo del modello costituzionale e amministrativo per eccel-

lenza, quello inglese, ben presente alla letteratura italiana sulle istituzioni.

Gneist, inoltre, offre la sintesi teorica, la traduzione in concreti istituti di diritto pubblico, delle preoccupazioni per l'instabilità della politica, per l'incertezza delle lotte parlamentari, legittima il primato dell'amministrazione nella ricerca di una *Verbindung* più organica e più stretta tra Stato e società.

Si apriva alla riflessione italiana un panorama culturale di analisi e di concetti, di istituti e di tecniche giuridiche, di progetti istituzionali e di modelli di ricostruzione sistematica, nel quale la *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, all'insegna di uno spostamento degli equilibri tra i poteri che privilegiava i problemi dell'amministrazione su quelli della rappresentanza parlamentare, diveniva lo strumento essenziale di fondazione del *Rechtsstaat*.

Per questi motivi i trattati, gli opuscoli, gli articoli del giurista berlinese diventeranno familiari al dibattito sulle istituzioni dello Stato unitario, costituiranno un punto di riferimento e di confronto obbligato sia sul piano scientifico sia su quello politico, anche quando sarà prevalente il dissenso ed il modello amministrativo italiano seguirà proprie ed autonome vie.

2. Una fonte privilegiata: il progetto di Rudolf von Gneist.

Negli stessi anni in cui in Italia abbiamo visto infittirsi il dibattito amministrativo e politico, Rudolf von Gneist dedicava ben tre voluminose monografie allo studio del *selfgovernment* inglese ed alla possibilità di estendere anche alla Prussia i suoi principi direttivi (27).

(27) Il nostro interesse riguarda quelle opere nelle quali si fa più stretto il nesso tra le ricostruzioni storico-antiquarie delle istituzioni costituzionali e amministrative inglesi ed i concreti progetti politici. Ci riferiremo, pertanto, essenzialmente a R. GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreformen und Kreisordnungen in Preussen*, Berlin, 1869; Id., *Die preussische Kreis-Ordnung in ihrer Bedeutung für den inneren Ausbau des deutschen Verfassungs-Staates*, Berlin, 1870; Id., *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlin, 1871 («dritte, umgearbeitete Auflage»)

Come studioso del sistema inglese Gneist era già conosciuto, sin dall'unificazione, agli scrittori italiani di cose amministrative; la sua *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung* del 1863 si era abbastanza rapidamente diffusa nella traduzione francese⁽²⁸⁾; ma il confronto con la sua opera si faceva ora ben più serrato e ricco di prospettive perché in questi lavori, scritti a breve distanza l'uno dall'altro tra il 1869 e il 1871, sulla ricostruzione storico-antiquaria prevalevano gli aspetti progettuali, più stringenti divenivano i rapporti tra analisi scientifica ed ideologica e concreti programmi istituzionali. La ricerca di un modello amministrativo inglese si sviluppava ormai essenzialmente nella dimensione delle riforme amministrative prussiane, balzava prepo-

della *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des selfgovernment*, Berlin, 1863).

Accurate notizie biografiche su Gneist si possono trovare nella vecchia commemorazione di C. BORNHAK, *Rodolfo Gneist*, ora in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, 2ª serie, vol. 3º, Torino, 1896, pp. 45-54.

Per più recenti profili biografici cfr. E. ANGERMANN, *Rudolf von Gneist*, in *Neue Deutsche Biographie*, Band 6, Berlin, 1964, pp. 487-89; H. RIDDER, *Von Gneist, Heinrich Rudolf Hermann Friedrich*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, hrsg. von A. Erler und E. Kaufmann, Berlin, 1971, I. Band, pp. 1719-22; *Rudolf von Gneist (1816-1895)*, in G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1983 (1ª ed. 1975), pp. 99-103.

⁽²⁸⁾ Il volume « traduit sous la direction de l'auteur par Théodore Hippert avocat a la Cort d'Appel de Bruxelles », circolò in Italia col titolo: *La constitution communale de l'Angleterre, son histoire, son état actuel ou le self-government*, 5 voll., Paris, 1867-1870.

Il fatto che Gneist fosse già conosciuto in Italia al momento dell'unificazione è sottolineato anche da G. MIGLIO, *Le contraddizioni dello Stato unitario*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, cit., pp. 34-5, che attribuisce, tuttavia, alle ricerche del giurista berlinese una capacità di alternativa, praticabile e preferibile alle scelte accentratrici poi effettivamente attuate con le leggi del 1865, che ci sembra fondata su un'interpretazione troppo benevola del conservatorismo anacronistico di cui è impegnato tutto il progetto di Gneist.

Fra gli autori da noi incontrati, già BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia*, cit., p. 68, invocava l'autorità di Gneist a proposito del modello amministrativo inglese ed in particolare a proposito dell'istituto del giudice di pace, ad un tempo giudice ed amministratore.

tentemente in primo piano la necessità di realizzare lo « Ausbau des deutschen Verfassungsstaates »⁽²⁹⁾.

Non sono soltanto i principi interpretativi della realtà inglese che si vogliono alternativi a quelli tradizionali del *Commentario* di Blackstone, oggetto di severe critiche da parte di Gneist⁽³⁰⁾, ad ottenere in queste opere una più approfondita sistemazione teorica, ma è il modello progettuale del *Rechtsstaat* che inizia ad assumere tutti i suoi connotati. Il lungo conflitto costituzionale prussiano ha dimostrato la nullità, l'impotenza di tutto il diritto pubblico, la mancanza di una struttura giuridica che assicurasse stabilità ed autonomia dalle tensioni politiche alle istituzioni amministrative che devono rappresentare, nell'assetto dei poteri dello Stato, il vero « innere Ausbau der Verfassung »⁽³¹⁾.

(29) L'espressione compariva sin dal titolo dell'opera *Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., a dimostrare come lo studio comparato tra istituzioni inglesi e tedesche, a cui Gneist, l'anno precedente, aveva dedicato *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, cit., si era ormai tradotto nelle ampie linee di un concreto progetto politico verso cui indirizzare la classe dirigente prussiana.

(30) Su William Blackstone, fra i costituzionalisti inglesi il « massimo teorico dell'onnipotenza del Parlamento », e sui suoi *Commentaries on the laws of England* (1765-69), basti rinviare alle osservazioni di N. MATTEUCCI, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, vol. IV, *L'età moderna*, tm. 2°, Torino, 1975, p. 43.

Le critiche di Gneist a Blackstone si possono leggere in *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. III.

(31) GNEIST, *Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., p. III. La fine del conflitto costituzionale prussiano è considerata, sul piano di una storia della *Verwaltungsrechtswissenschaft*, da M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. 1866-1914*, in *Die Verwaltung*, 15 Band (1982), I, pp. 45 e ss., come il momento in cui si aprono nuove prospettive per il diritto amministrativo e si inizia un « Methodenwandel im öffentlichen Recht », sempre più indirizzato verso uno « staatsrechtlicher Positivismus ». Per Gneist il conflitto costituzionale — in cui si schierò contro la « monarchisch-gouvernementale Lückentheorie » (H. RIDDER, *von Gneist, Heinrich Rudolf Hermann Friedrich*, cit., p. 1719) — rappresentò essenzialmente l'occasione di una verifica della incapacità del diritto pubblico tedesco di guidare ed indirizzare la lotta politica, la prova della necessità di fondare sull'amministrazione i fragili meccanismi costituzionali, di far dipendere dalle strutture amministrative l'intero sistema rappresentativo.

Proprio questa ossatura, fondamento essenziale della stessa costituzione, offre invece il modello del *selfgovernment*: si deve rinunciare ad identificare la peculiarità inglese nel sistema parlamentare, nel governo di gabinetto o nella dialettica tra i partiti politici; il diritto amministrativo diventa indispensabile per scrivere la stessa storia costituzionale.

L'*Esprit des lois* di Montesquieu non è in grado di descrivere la realtà della costituzione inglese: solo dalle strutture amministrative, dall'unione organica di Stato e società realizzata attraverso il *selfgovernment*, dalla rigorosa giuridicità dell'amministrazione garantita dai « Rechts- und Gerichtscontrollen der Verwaltung », può derivare la capacità e il diritto alla « Selbstverwaltung im Ganzen », al potere legislativo espresso da un corpo parlamentare⁽³²⁾.

Si delinea uno schema interpretativo, dai toni indubbiamente conservatori, che ribalta la descrizione comune e diffusa delle istituzioni inglesi e che prelude alle pagine famose di *Der Rechtsstaat* nelle quali alla « negazione del governo giuridico in Francia » si contrappone l'esempio inglese in cui il governo parlamentare-rappresentativo ottiene il crisma della giuridicità, la garanzia dell'immunità dalle fazioni politiche e quindi la continuità, la capacità di progredire senza fratture traumatiche, proprio grazie ad una struttura amministrativa profonda, inserita nella realtà del paese che cementa e riunifica le tensioni tra Stato e società⁽³³⁾.

Blackstone e Montesquieu si sono fermati alla realtà esteriore della costituzione inglese: occorre ora invece svelare i fondamenti nascosti delle strutture parlamentari, far comprendere che tutto l'equilibrio dipende dalla ramificazione diffusa e capillare di istituzioni amministrative minori, nelle quali proprietà e rappresentati-

(32) *Ibid.*, p. 6: « Aus der Gewöhnung an eine gesetzmässige, verantwortliche Selbstverwaltung im Einzelnen entsteht die Fähigkeit und das Recht zur Selbstverwaltung im Ganzen, d.h. die erfolgreiche Gesetzgebung und Kontrolle der Staatsverwaltung durch einen parlamentarischen Körper ».

(33) GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, 1879 (2ª ed.), trad. ital. di I. ARTOM, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna, 1884, pp. 127 e ss. Di questa opera e dell'importante traduzione italiana dovremo occuparci nei prossimi capitoli.

vità sociale si fondono coll'assolvimento di pubbliche funzioni, nelle quali si stemperano le contraddizioni pericolose che esprime il corpo sociale. Da capitoli e capitoli di analisi minuta ed erudita emerge il giudice di pace, il funzionario onorario della *landed gentry*, quella classe di proprietari fondiari divenuta dopo la *Glorious Revolution* vera « classe di governo » e che Gneist, in modo anacronistico, ancora per la seconda metà dell'ottocento, indica come asse portante dell'amministrazione come del sistema rappresentativo, base sociale di quei *Justices of the Peace* che divengono il vero modello da imitare, il fulcro di quel *Rechtsstaat* che deve essere introdotto anche in Germania⁽³⁴⁾.

(34) Sulla *gentry* come « classe di governo » cfr. H. LUBASZ, *Introduction a Development of the modern State*, New York, 1964, pp. 1-13, trad. ital. *Stato limitato e Stato sociale*, in *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, cit., p. 99.

Gneist fu sempre, nelle sue opere, poco incline a riconoscere i profondi mutamenti che, a partire dal *Reform Bill* del 1832, nel corso dell'800, determinarono una forte perdita di peso politico e amministrativo dei *Justices of the Peace*. Soltanto nel 1870 (*Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., pp. 11-14) riconobbe la presenza nel sistema amministrativo inglese di *Boards* elettivi e di funzionari stipendiati, che cercò di ricomprendere nelle linee tradizionali della sua interpretazione attraverso lo sdoppiamento del concetto di *Selbstverwaltung* in « obrigkeitliche Selbstverwaltung » (il sistema storico del *selfgovernment*) e in « wirtschaftliche Selbstverwaltung » (il sistema dei *Boards* elettivi). Su questo compromesso con la « parlamentarische Selbstverwaltung » cfr. le osservazioni di G. SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bei Rudolf von Gneist*, in *Die Verwaltung*, 8 (1975), pp. 355-6.

In Italia una delle prime voci a registrare l'importanza delle riforme inglesi e a rilevare la loro incidenza sul tradizionale sistema del *selfgovernment*, è quella di C.F. FERRARIS, *La riforma dell'amministrazione delle Contee in Inghilterra e il Selfgovernment*, in *Rassegna settimanale*, 2 giugno 1878, ora in Id., *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino-Roma, 1880, pp. 465-473; per uno studio più specifico dovremo, tuttavia, attendere il lavoro di A. BRUNIALTI, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, Prefazione a GNEIST, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese* (trad. ital. di *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleich mit den deutschen Verwaltungssystemen*, Berlin, 1883 - I ed. 1857), in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, 2ª serie, vol. 3º, pt. 1ª, Torino, 1896, pp. 5 e ss.. Brunialti rimproverava a Gneist — morto il 22 luglio del 1895 — di non aver, successivamente alla terza edizione del 1883, più rimaneggiato l'opera, « tenendo conto delle

La critica alla burocrazia, al potere discrezionale dell'amministrazione, all'ordinamento gerarchico ed accentrato, non evoca i principi del decentramento, dell'autonomia di enti locali democraticamente rappresentativi della complessità del tessuto sociale, ma l'affidamento delle istituzioni ad una classe rappresentativa soltanto per il suo prestigio e la sua posizione sociale, diventa in realtà critica al sistema parlamentare: non è tanto sul prefetto, simbolo dell'organizzazione amministrativa francese, che si appuntano gli strali polemici di Gneist, quanto sull'intero sistema rappresentativo.

Il modello che il giurista berlinese sostiene di vedere nell'Inghilterra del 1870 e che propone alla Germania è sì un modello amministrativo, alternativo a quello francese, un modello che mira ad una riduzione degli spazi arbitrari dell'azione amministrativa, ad una sua giurisdizionalizzazione, all'introduzione del *Rechtsweg* nell'amministrazione, ma è essenzialmente un diverso modello costituzionale: alla centralità del Parlamento ed all'amministrazione esecutrice di legge va sostituita la centralità dell'amministrazione, alla rappresentanza elettiva la rappresentatività sociale di una classe di proprietari terrieri, al « governo di partito » un governo secondo il diritto.

Sullo sfondo di un'interpretazione della dinamica tra Stato e società pronta a registrare « in dem Leben des Volkes ein System widerstreitender Interessen »⁽³⁵⁾, ma proprio per questo indiriz-

grandi riforme avvenute nell'ultimo decennio, tanto più che queste avrebbero modificato anche alcune vedute fondamentali dell'autore » (p. 5). Brunialti si riferiva al *Local Government Act* del 1888 che introduceva nuovi Consigli di Contea elettivi ed a quello ancor più recente del 1894 che istituiva i Consigli di Parrocchia sul modello dei Consigli comunali continentali. Alla centralizzazione dei controlli sull'amministrazione realizzata con l'introduzione del *Local Government Board* nel 1871 si stava affiancando una serie di riforme sempre più indirizzate verso la completa attuazione del sistema rappresentativo anche a livello locale. Ma le simpatie di Brunialti andavano ancora a quell'ordinamento ormai consegnato al passato: le riforme porteranno ad « una pericolosa trasformazione della costituzione inglese. La *gentry* inglese si allontana troppo e troppo sovente dalle campagne, dove le converrebbe rimanere per salvare gli utili avanzi della sua vacillante influenza locale... » (p. 42).

⁽³⁵⁾ GNEIST, *Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., p. 2. Per la forte influenza del pensiero di Lorenz von Stein (per il quale basti qui rinviare

zata alla ricerca di « ein staatlicher Gegenorganismus » capace di riunificare nella superiore unità dello *Staatswillen* i conflitti sociali⁽³⁶⁾, prendono corpo quegli elementi che avranno grande fortuna nella recezione italiana: la critica al « governo di partito », la ricerca di correttivi amministrativi alle disfunzioni parlamentari ed alla scarsa rappresentatività della classe dirigente, hanno in queste pagine di Rudolf von Gneist un precedente autorevole, una fonte privilegiata. Più che le singole proposte istituzionali — si pensi, tuttavia, alla diffusione nella letteratura politico-giuridica italiana, nell'ottica di un riformismo conservatore, della tematica del funzionario onorario⁽³⁷⁾ — farà presa il modo di leggere la

a F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz von Stein. Alle origini della scienza sociale*, Napoli, 1974, e agli scritti contenuti in *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, hrsg. von Roman Schnur, Berlin, 1978) sulle opere di Gneist, in particolare per quanto riguarda l'utilizzo della categoria di *Gesellschaft* e dell'assunto metodologico della separazione tra Stato e società civile, cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 224 e ss..

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 4. Il passo è citato anche da SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bei Rudolf von Gneist*, cit., p. 347: il riconoscimento del contrasto tra Stato e società si traduce immediatamente — e qui sta la peculiarità del progetto di Gneist rispetto all'analisi steiniana di una contrapposizione tra *Staat und Gesellschaft* antitetica quanto ineluttabile — nella ricerca di un organismo statale — il *selfgovernment* appunto — liberatorio delle tensioni e dei conflitti d'interesse esistenti nella società.

⁽³⁷⁾ Per tutti citiamo G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, Roma, 1896, p. 316: « il rimedio più efficace e più sicuro ai mali del parlamentarismo starebbe in un decentramento largo ed organico, il quale non dovrebbe solo consistere in un passaggio di attribuzioni dalla burocrazia centrale a quella provinciale, e dalle Camere del Parlamento nazionale ai corpi elettivi locali, ma nell'affidare gran parte di queste mansioni, che ora sono esercitate dalla burocrazia e dai corpi elettivi, a quella classe di persone, che per cultura e agiatezza ha capacità, indipendenza e prestigio sociale assai superiore a quello delle masse ». Interessante anche la nota aggiunta nell'edizione del 1923 (citiamo dall'edizione critica degli *Elementi*, in Mosca, *Scritti politici*, a cura di G. Sola, vol. 2°, Torino, 1982, p. 859) nella quale Mosca confessa di aver ormai modificato sostanzialmente le proprie idee in proposito: « questa modificazione è avvenuta per diverse ragioni, ma soprattutto per il fatto che, a causa delle sempre accresciute mansioni dello Stato, la burocrazia assorbe oggi tale una quantità di attività e competenze che, nella grande maggioranza delle regioni italiane e di altri

realtà costituzionale, l'ossessione per la politica, il mito dell'amministrazione come rappresentante della continuità dell'assetto sociale ed istituzionale, baluardo contro le tensioni ed i conflitti crescenti, simbolo dell'unità dello Stato che prima si affianca e poi subentra al *monarchisches Prinzip* ⁽³⁸⁾.

Il primato dell'amministrazione trova in queste pagine spesso faticosamente digressive di Gneist una conferma « scientifica » di sicuro successo e di possibile applicazione anche per le fragili strutture dello Stato unitario.

All'interno di questo complessivo « modello amministrativo » e proprio a partire dalle opere che stiamo analizzando compare anche la tematica che a noi più interessa, quella della giustizia amministrativa, che nei primi volumi sul diritto amministrativo inglese aveva avuto scarsa considerazione ⁽³⁹⁾, ma che otterrà, in questi anni ed in quelli successivi, sia nella produzione scientifica di Gneist sia nella sua concreta attività di riformatore, un'attenzione sempre crescente fino a diventare il cardine su cui innalzare l'intero edificio del *Rechtsstaat*.

paesi europei non si saprebbe con quali elementi reclutare quella classe di funzionari onorari alla quale si accenna nel testo ». Sulla persistenza ancora negli anni '90 del modello del funzionario onorario e sui tentativi di riforma di Antonio di Rudinì, cfr. A. ROSSI DORIA, *Per una storia del « decentramento conservatore »: Antonio di Rudinì e le riforme*, in *Quaderni storici*, VI, 3 (1971), pp. 835-884, mentre sui rapporti tra Mosca e di Rudinì si cfr. le precisazioni di R. B. JENSEN, *Fu Gaetano Mosca l'« Eminenza grigia » del Marchese di Rudinì?*, in *Archivio internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica. Serie italiana*, vol. I. *La dottrina della classe politica ed i suoi sviluppi internazionali*, Palermo, 1982, pp. 366-384.

⁽³⁸⁾ Sulla crescente centralità del diritto amministrativo nella seconda metà dell'ottocento nell'attività scientifica dei giuristi tedeschi e sull'individuazione nello *Staatssoberhaupt* del « cuore della stessa questione costituzionale », cfr. le osservazioni di FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 620 e ss.

⁽³⁹⁾ Solo qualche cenno fugace ad una genericamente indicata « istance supérieure » troviamo in GNEIST, *La constitution communale de l'Angleterre*, cit., vol. V, pp. 276-277. Sulla mancata « scoperta » da parte di Gneist, nei suoi primi lavori sul diritto amministrativo inglese, di istituti autonomi di giustizia amministrativa, cfr. anche le osservazioni di H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1950, p. 523.

Nella duplicità di funzioni, giurisdizionali e amministrative, esercitate dal giudice di pace, Gneist individua il punto di innesto della giurisdizione amministrativa in un sistema istituzionale come quello inglese per il quale i giuristi britannici — si pensi alle famose pagine di Dicey⁽⁴⁰⁾ — avevano sempre escluso l'esistenza di una magistratura speciale, e per gli organi giudicanti e per il diritto applicato alla controversia⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, 1961 (rist. della 10^a ed. 1959 - 1^a ed. 1885), pp. 384-393, ma si veda tutto il capitolo 12 - *Rule of law compared with 'Droit administratif'*, pp. 328 e ss.

Su Dicey si veda la biografia intellettuale di R. A. COSGROVE, *The rule of law: Albert Venn Dicey, victorian jurist*, London, 1980: alle pp. 91-102 il problema del « *droit administratif* » francese e la tesi di Dicey sull'assenza di qualcosa di analogo in terra inglese. Cosgrove, pur riconoscendo la grandissima influenza che la valutazione negativa di Dicey sul modello francese ha avuto in Gran Bretagna, ritiene che questo giudizio fosse anche il frutto di una mancata considerazione dell'evoluzione « of domestic administrative jurisdiction during his own lifetime ».

Sulla storia del diritto amministrativo in Inghilterra, cfr. anche la sintesi di J. F. GARNER, *England*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, hrsg. von E. V. HEYEN, *Ius commune*, Sonderhefte 18, Frankfurt am Main, 1982, pp. 51-66. A p. 55 un passo interessante a proposito del giudizio negativo di Dicey sull'esistenza in Inghilterra del diritto amministrativo: « one of the principal tenets in his famous formulation of the 'Rule of Law', which he claimed as an essential characteristic of a democratic and 'free' society, was that constitutional law (a term which for Dicey would include the law relating to the administration) was, and should be, part of the 'ordinary law of the land', administered in the 'ordinary' courts ». Un itinerario del tutto diverso ed indirizzato verso l'accentuazione degli elementi di specialità rispetto al diritto comune, è invece quello percorso — come vedremo anche nei prossimi capitoli per il caso italiano — dal diritto amministrativo continentale.

⁽⁴¹⁾ GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. VI, a proposito dell'assenza in Gran Bretagna di opere in grado di rendere comprensibile al continente il sistema inglese: « insbesondere gilt dies von dem Instanzenzug der Verwaltung und von der Verwaltungsjurisdiction, über welche sich die Engländer selbst keine Rechenschaft geben. Die Kompetenz der ordentlichen Gerichte ist erheblich enger als in Deutschland. Dagegen bilden die Behörden des selfgovernment eine

Si erigeva un castello interpretativo sostanzialmente ingiustificato, che attribuiva ad istituzioni reali funzioni che Gneist inseriva in un sistema concettuale la cui logica sfuggiva all'esperienza giuridica inglese, ma senz'altro di grande momento sul piano progettuale e su quello, ben lontano dalla realtà inglese, delle riforme amministrative prussiane (42).

Già in *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg* il problema del rapporto *Justizsachen-Verwaltungssachen* e quindi della possibilità dell'estensione dei *Rechtskontrollen* « in der tausendfältigen Action der täglichen Verwaltung », occupa un posto di rilievo: la ricerca del *Rechtsweg*, che l'Inghilterra ha costruito « innerhalb der Staatsverwaltung », passa appunto per « die Administrativjustiz des selfgovernment » (43).

Il giudice di pace non appartiene soltanto all'amministrazione attiva, ma forma parte integrante della *Gerichtsverfassung*: grazie a questa « Vereinigung » il diritto inglese ha potuto introdurre « die systematische Rechtskontrolle » nell'amministrazione (44), quei controlli che non esistono ancora in Germania dove ha prevalso l'opinione dei « Privatrechtsjuristen » che hanno volutamente

Verwaltungsjurisdiction I. und II. Instanz. Aus III. Instanz schliesst sich daran die Controljustiz der Reichsgerichte durch Rescripte (writs) ... ».

Sulla « costruzione » scientifica della *Verwaltungsgerichtsbarkeit* all'interno del sistema inglese, basata da Gneist sulla doppia natura di giudici e di amministratori dei *Justices of the Peace*, cfr. le osservazioni di HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., p. 523.

(42) Cfr. J. D. B. MITCHELL, *L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni: ses causes et ses effets*, in *Conseil d'État: Études et documents*, 18 (1964), pp. 211-225: l'articolo è in realtà una critica al modello inglese; deplora l'assenza di un giudice amministrativo speciale in Gran Bretagna, ma ha il pregio di mettere in luce il predominio del giudice ordinario e della *common law*, la mancata formazione di un sistema amministrativo in terra inglese.

Ben diverso — come diciamo nel testo — era il disegno, molto ideologicamente orientato, che Gneist dava delle istituzioni inglesi.

(43) GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, cit., p. 149.

(44) « Wie das selfgovernment einen integrierenden Theil der Polizeifinanz- und Militärverwaltung, so bildet es zugleich einen integrierenden Theil der *Gerichtsverfassung*. Durch diese Vereinigung in denselben Personen und Behörden hat das englische Recht die systematische Rechtskontrolle in die Verwaltung gebracht ». *Ibid.*, p. 171.

limitato « ihren ' Rechtsstaat ' immer noch auf den Rechtsschutz der Individualrechte »⁽⁴⁵⁾. Così sin da queste prime opere il problema della giustizia amministrativa non si pone in funzione di una maggiore protezione della sfera individuale nei confronti del potere amministrativo, ma di un assetto dei poteri dello Stato che impedisca che l'amministrazione divenga quel « perpetuum mobile » esposto agli abusi dei partiti politici⁽⁴⁶⁾, che l'esperienza del *Verfassungskonflikt* ha confermato per la Germania.

La critica alle concezioni privatizzanti dei giuristi tedeschi, il rifiuto di utilizzare il concetto dogmatico di *Klage* per spiegare il reclamo del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa⁽⁴⁷⁾, chiariscono il senso dell'opzione per la *Verwaltungsgerichtsbarkeit*: alle origini di un modello di giurisdizione amministrativa a tipo rigidamente oggettivo sta tutto un retroterra teorico ed ideologico che affonda nell'analisi dei conflitti sociali e che mira ad un utilizzo delle istituzioni che permetta il mantenimento degli equilibri esistenti ed un divenire scandito da forti elementi di continuità. La giustizia amministrativa non rappresenta il momento di emersione di un conflitto tra cittadino e potere, tra società e Stato, ma, al contrario, deve esprimere l'occasione di conciliazione di opposti interessi nel superiore organismo dello Stato: il controllo che deve essere realizzato sull'amministrazione è sempre « im Interesse der Staatsordnung », il suo *Standpunkt* non può che essere quello della *Gesamtheit*, ma la « *Zweiseitigkeit* » di questa « *Petition um den Rechtsweg* » permette anche al cittadino di essere garantito, in modo indiretto, contro eventuali attività arbitrarie o parziali dell'amministrazione⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*, p. 162.

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, pp. 189-190.

⁽⁴⁷⁾ GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. 510: « Die Verwaltungsgerichtsbarkeit beruht nicht auf einer *Klage des Privaten* gegen die Obrigkeit. Der Staat in Ausübung seiner Hoheitsrechte erscheint nicht als 'Partei' vor einem Gericht. Das englische Recht gewährt nicht einmal wegen vermögensrechtlicher Ansprüche an den Staat eine direkte *Klage*, sondern nur eine 'Petition' um den *Rechtsweg* ».

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.*, pp. 510-511. Il passo anticipa una pagina di *Der Rechtsstaat* (Lo Stato secondo il diritto, cit., p. 214) che diverrà molto famosa

La necessità della specialità del giudice non risiede così nella tecnicità delle controversie o nella necessaria celerità del giudizio, trova invece il suo fondamento profondo nella *ratio* stessa dell'istituto: se non si devono proteggere diritti privati, se non si deve risolvere un conflitto di parti, ma realizzare l'unità di giustizia ed amministrazione, la linearità di un modello che rimane principalmente un modello di organizzazione del potere rilegittimato nella superiore unità dello Stato, non può certo essere il giudice ordinario il giudice competente per così delicate funzioni.

Selbstverwaltung e *Verwaltungsgerichtsbarkeit* non possono costituire negli schemi di Gneist due istanze separate e contraddittorie: tutto il volumetto su *Die preussische Kreis-ordnung* ha appunto lo scopo di dimostrare che ogni giurisdizione amministrativa deve identificarsi con la « obrigkeitliche Selbstverwaltung ».

L'estensione dei controlli giuridici all'attività amministrativa è strettamente correlata all'affidamento di questi controlli ad un « mitverwaltendes Personal » composto di funzionari onorari responsabili⁽⁴⁹⁾, gli unici che per il loro prestigio sociale possono

in Italia — come vedremo — per l'utilizzo che ne farà Silvio Spaventa nel discorso inaugurale dei lavori della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Da notare che mentre nel 1871 l'idea di una giurisdizione amministrativa a tipo oggettivo costituiva parte integrante di una interpretazione delle istituzioni inglesi, in *Der Rechtsstaat* siamo ormai di fronte ad una costruzione dogmatica, valida in astratto per ogni giurisdizione amministrativa.

(49) GNEIST, *Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., p. 211.

Gneist fu invece molto più cauto nel sostenere la necessità della presenza di funzionari onorari in quel « Verwaltungsgerichtshof », che avrebbe dovuto costituire lo « Schlussstein » dei controlli giuridici sull'amministrazione: in proposito si vedano GNEIST, *Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., p. 204 e ID., *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. 515: la tecnicità e la complessità delle funzioni da svolgere, in questo caso, avrebbero richiesto l'utilizzo di funzionari di carriera.

G. ROEHRSEN, *Lo Stato di diritto secondo Rudolf von Gneist ovvero dell'ideologia come reazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII (1977), p. 25, nota come il rifiuto di Gneist del *Berufsbeamtentum* sia stato, nel giro di pochi decenni, nettamente superato dall'analisi weberiana, pronta a riconoscere alla burocrazia una funzione essenziale e caratterizzante l'intera società moderna. Su questo articolo di Roehrsen si confrontino anche le osservazioni critiche di REBUFFA,

costituire un corpo indipendente dalle influenze degli « zeitigen Minister »⁽⁵⁰⁾.

La giustizia amministrativa affidata alla competenza di funzionari onorari, l'unione di *selfgovernment* e *Verwaltungsgerichtsbarkeit* realizza compiutamente il modello del *Rechtsstaat*, ricompono la dicotomia tra *Staat* e *Gesellschaft*, garantisce la continuità e la stabilità delle istituzioni e quindi del potere della classe dirigente, assicura « die Zurückführung der Gesellschaft zur 'Theilnahme am Staat' »⁽⁵¹⁾, diventa la condizione indispensabile che sola permette « die Möglichkeit einer gesetzmässigen Regierung durch Parlamentsparteien und Parteiministerien »⁽⁵²⁾. Solo così il governo parlamentare, la « wirtschaftliche Selbstverwaltung », la tendenza inarrestabile verso la prevalenza del sistema elettorale rappresentativo, possono essere ricondotti al diritto, rigenerati nel governo giuridico, depurati dagli elementi instabili e disgreganti.

Le istituzioni amministrative hanno realizzato la loro funzione, hanno posto le fondamenta della *Verfassung*: il modello costituzionale inglese, lo spettro del governo parlamentare è esorcizzato attraverso l'amministrazione. *Selfgovernment* e giustizia amministrativa divengono gli elementi essenziali per garantire che la dinamica politica non conosca fratture e rotture profonde, determinano la contrapposizione, artificiosamente esasperata da Gneist, tra modello costituzionale inglese e francese, spiegano la capacità delle istituzioni inglesi di progredire nella stabilità e nella continuità.

Così « riletta » ed interpretata la costituzione inglese può servire ottimamente agli obiettivi conservatori di Gneist, può offrire quelle soluzioni istituzionali che, realizzando lo Stato di diritto, assicurino anche il mantenimento dello *status quo*, il raffor-

Conservatori e progressisti nel diritto pubblico, Gneist, Laband, Jellinek, in Democrazia e diritto, XIX (1979), pp. 93-96.

⁽⁵⁰⁾ GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. 515.

⁽⁵¹⁾ GNEIST, *Die preussische Kreis-Ordnung*, cit., p. 212. Questo lavoro del 1870 era del resto programmaticamente indirizzato a dimostrare « dass die gesuchte 'Reform der Staatsverwaltung', die 'Selbstverwaltung' und der 'Rechtsstaat' in der Tat ein und dieselbe Sache sind » (p. VI).

⁽⁵²⁾ GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. 516.

zamento della classe dirigente: il progetto giuridico assume immediate valenze politiche, l'attenzione per gli elementi conflittuali della società si traduce nella ricerca dei correttivi giuridici in grado di depotenziare le tensioni crescenti.

Per questa ricchezza di obiettivi politici e scientifici ed indipendentemente dal ruolo che le sue opere svolgevano nel tessuto politico tedesco, senza approfondite ricerche sulla sua collocazione nel movimento liberale⁽⁵³⁾, Gneist diventò un autore molto conosciuto, letto, citato, costantemente utilizzato fino alla fine del secolo dal dibattito italiano. Più di altri scrittori tedeschi⁽⁵⁴⁾ Gneist

⁽⁵³⁾ Non fu sempre chiaro nella recezione italiana che le proposte di Gneist si collocavano, in Germania, su di una posizione mediana, indirizzate al tempo stesso contro il conservatorismo feudale — gli *Junker* avrebbero dovuto rinunciare ai loro privilegi per costituire una sorta di *gentry* tedesca — sia contro il liberalismo borghese. (Cfr. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., pp. 392-3 e STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft, 1803-1866*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K. G. A. Jeserich, H. Pohl, G. C. von Unruh, Band II, *Vom Reichsdeputationshauptschluss bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Stuttgart, 1984, pp. 51-2).

Indiscussa fu invece la fortuna di Gneist in Italia: si veda lo spazio che il giurista berlinese ha ancora in G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1925 (citiamo dall'edizione Milano, 1962), che costruisce quasi esclusivamente su Gneist il paragrafo su *La concezione giuridica dello Stato* (pp. 243 e ss.) inserito nel capitolo dedicato al liberalismo tedesco.

⁽⁵⁴⁾ Si consideri, a puro titolo esemplificativo, che, in Italia, un'influenza di gran lunga minore di quella di Gneist ebbe l'opera di un altro classico della letteratura giuridica tedesca particolarmente attenta ai problemi della giustizia amministrativa: O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, Kassel, 1864. Gneist agli occhi dei lettori italiani aveva il merito di aver spostato l'attenzione sulle degenerazioni del sistema parlamentare e, dal punto di vista più strettamente tecnico giuridico, di aver affrontato il problema dell'imparzialità amministrativa nella sfera del potere discrezionale, dell'amministrazione pura, quel settore di controversie amministrative rimaste nel sistema italiano di giurisdizione unica introdotto nel 1865 al di fuori della competenza del giudice ordinario.

Si consideri, del resto, che molte delle argomentazioni di Bähr erano rivolte a confutare la tesi di Julius Stahl (su cui si può vedere C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 407 e ss.) che aveva escluso la possibilità di una giurisdizione nel diritto pubblico (sul

rappresentò una presenza culturale diffusa, s'inserì ben all'interno della questione amministrativa, costituì con la sua sottile mescolanza di elementi conoscitivi ed ideologici, di ricostruzioni storiche e di concreti progetti politici, una fonte teorica fondamentale per una letteratura politica che sin dall'unificazione aveva strettamente commisurato i problemi dell'amministrazione e delle strutture dello Stato alla debolezza ed alla fragile ristrettezza delle basi sociali della classe dirigente.

3. *Alle origini del « germanismo amministrativo ».*

Negli stessi anni in cui in Germania Gneist indirizzava la sua produzione scientifica verso concreti progetti di riforma dell'ordinamento amministrativo tedesco, anche in Italia l'attenzione per le sue opere si faceva più viva.

Ad un personaggio politico di rilievo toccò il merito o la responsabilità di diffondere le prime pagine di Gneist in lingua italiana: fu infatti Ruggiero Bonghi a dare alle stampe a Firenze nel 1869 la traduzione di *Budget und Gesetz* ⁽⁵⁵⁾: la penetrazione

punto cfr. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft. 1803-1866*, cit., p. 81): in Italia, invece, il problema dell'ammissibilità di un'azione giudiziaria nei confronti della pubblica amministrazione era già stato risolto, sia pure nei limiti che conosciamo, con la legge del 1865.

Il modello di Otto Bähr, incentrato sul giudice ordinario e su di una giurisdizione amministrativa a tutela dei limiti fissati all'attività amministrativa, non sembrò ai giuristi italiani capace di risolvere i problemi posti dalle scelte attuate al momento dell'unificazione. Molto significativo, a questo proposito, il saggio introduttivo alla traduzione italiana dell'opera di Bähr di O. OLIVIERI, *Il concetto integrale dello Stato secondo il diritto*, in *Biblioteca di scienze politiche* diretta da A. Brunialti, vol. VII, Torino, 1891, pp. 223 e ss.

Su Bähr cfr. ora la biografia intellettuale di B. BINDER, *Otto Bähr (1817-1895). Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis*, Frankfurt und Bern, 1983 (in particolare per la *Rechtsstaatsidee* di Bähr le pp. 96 e ss.) e la recensione al volume, di Michael Stolleis, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 459-61.

⁽⁵⁵⁾ GNEIST, *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze, 1869. (Il titolo originale era *Budget und Gesetz nach dem constitutionellen Staatsrecht Englands mit Rücksicht auf die deutsche*

di Gneist in terra italiana iniziava alla luce di una sovrapposizione tra dimensione scientifica e politica che diverrà poi tipica degli anni successivi.

Il tema del bilancio rimandava naturalmente alle vicende del conflitto costituzionale prussiano ed al braccio di ferro di Bismark con le Camere⁽⁵⁶⁾, ma più in generale rappresentava un momento essenziale su cui verificare i rapporti tra parlamento e governo, misurare l'assetto costituzionale dello Stato.

L'interesse di Bonghi per un'interpretazione che ribaltava i « luoghi comuni » della sovranità popolare e della divisione dei poteri, che studiava finalmente « l'organismo dello Stato inglese », era direttamente funzionale ad un progetto politico di rafforzamento del governo e dell'amministrazione, ad un tentativo di assicurare stabilità e saldezza a quei regimi monarchici parlamentari avviati ad un declino sicuro sotto lo strapotere delle « assemblee ».

Il concetto di Stato giuridico richiama già un ordinamento in cui l'amministrazione assume una posizione preminente, di garanzia dell'intero assetto delle strutture dello Stato, mentre la Prussia è divenuta ormai un modello istituzionale e politico da additare alla classe dirigente italiana, un esempio per un rafforzamento dello Stato unitario.

Non ci sono fraintendimenti sul progetto del giurista berlinese, l'autorità scientifica di Gneist è subito utilizzata per dar man forte alle critiche al sistema rappresentativo: gli interventi di

Reichsverfassung, Berlin, 1867). La traduzione era preceduta da una lettera molto significativa di Ruggiero Bonghi ad Angelo Messedaglia (pp. I-XV). Lo scopo della traduzione era quello di dimostrare che l'idea corrente secondo la quale lo Stato libero dovesse essere individuato in quell'organizzazione nella quale « nessuno può fare e tutti impedire » era in realtà « una falsa e tenace illusione »; « meglio si studia l'organismo costituzionale dell'Inghilterra, e meglio si vede che di codesto inganno non vi ha nessuna traccia; nell'assemblea, nell'amministrazione v'è lasciata al Governo una grandissima forza » (p. IV).

Sulla pubblicazione di questo opuscolo cfr. le osservazioni di FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 64 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Su queste vicende e sulla posizione di Gneist nei confronti della *Indemnitäts-gesetz*, che il giurista berlinese non approvò, cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band III, *Bismark und das Reich*, Stuttgart, 1978, (1^a ed. 1963), pp. 355-8.

riforma delle strutture amministrative sono in precisa connessione con una riduzione del peso politico delle assemblee.

La depurazione dalla discussione di bilancio di ogni elemento politico, il varo di una costruzione giuridica che limita il potere del parlamento alla sola approvazione delle parti variabili delle entrate e delle spese, rispondono all'esigenza di salvare il nucleo stabile della persona giuridica dello Stato, l'immunità di questa da ogni condizionamento che possa venire dalla rappresentanza parlamentare. Non ci possono essere interruzioni ed intermittenze nella dinamica istituzionale, deve essere sottratto al parlamento il potere di decidere annualmente su quelle entrate e spese permanenti che assicurano la continuità delle istituzioni⁽⁵⁷⁾: la natura giuridica della legge di bilancio s'inserisce in un modello che affida al governo ed all'amministrazione la funzione di garantire la stabilità alle strutture costituzionali. L'idea guida del disegno di Gneist è già stata recepita: è dall'amministrazione che discende tutto l'ordinamento costituzionale, è nella salda « giuridicità » degli istituti amministrativi, lontano dal « politico » e mutevole volere dell'assemblea, che si svolge la vera vita istituzionale.

Su questa falsariga un più complessivo confronto con il progetto del giurista berlinese, che investisse anche il problema dell'applicabilità delle proposte di riforma al tessuto amministrativo italiano, non doveva farsi attendere: nello stesso 1869 e negli anni immediatamente successivi un personaggio minore, ma ben inserito nella letteratura sulle istituzioni sin dall'unificazione, Costantino Baer⁽⁵⁸⁾, presentava all'opinione pubblica italiana, dalla tribuna

(57) Una trattazione più analitica e complessa ed ormai inserita nel dibattito degli anni '80, sempre relativa al tema del bilancio è quella di G. ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, Napoli, 1880, nella quale la ripresa di motivi tradizionali del pensiero di Gneist si accompagna a maggiori aperture nei confronti delle competenze dell'istituto parlamentare, specialmente riguardo alla controversa questione dell'organizzazione dei ministeri, sorta coll'abolizione per decreto nel dicembre del 1877 del ministero di agricoltura, industria e commercio. Su quest'ultima vicenda cfr. CARACCIOLIO, *Stato e società civile. Problemi della unificazione italiana*, cit., pp. 34 e ss., mentre sulla figura di Arcoleo dovremo tornare nelle prossime pagine.

(58) Costantino Baer, ispettore generale al ministero delle finanze dal 14 dicembre 1862 al 31 ottobre 1863 fece funzione di segretario generale

di una rivista diffusa e non specializzata, la *Nuova Antologia*⁽⁵⁹⁾, un quadro complessivo delle conclusioni di Gneist, inseriva nuovi modelli amministrativi nel ricco dibattito degli anni '70, nel diffuso « malcontento amministrativo » per le scelte realizzate nel 1865. All'interno di un'alternativa radicale alle soluzioni dell'unificazione si potevano cogliere così anche i primi tentativi di aggiornamento del sistema di giurisdizione unica.

Si delineano preoccupazioni, prospettive di riforma diverse da quelle che negli stessi mesi avevano portato Stefano Jacini — come abbiamo visto — a pubblicare la sua *Lettera agli elettori di Terni*: seguendo le suggestioni che provenivano dalla lettura di Gneist, Costantino Baer non si attardava sui problemi dell'imperfetta realizzazione del bipartitismo e quindi del sistema parlamentare, ma, sposando l'analisi che il giurista berlinese sviluppava delle relazioni tra Stato e società, la sua critica alla burocrazia e al potere ministeriale, spostava il fulcro delle innovazioni istituzionali dal partito all'amministrazione, dalla dialettica politico-costituzionale all'assetto delle strutture amministrative.

al ministero di agricoltura, industria e commercio (M. MISSORI, *Governi, alte cariche dello stato e prefetti del Regno d'Italia*, Roma, 1978, p. 178), collaboratore assiduo della *Nuova antologia*, consigliere di Stato, autore del volume *Del riordinamento dello stato in Italia*, Firenze, 1865, s'interessò attivamente anche di problemi economico finanziari: in questo campo è noto in particolare (FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 76-9) per l'articolo *Il ministero delle finanze e il Consiglio del Tesoro*, in *Nuova Antologia*, IX (1874), pp. 468 e ss.. Un esempio significativo degli interessi economici di Baer è rappresentato anche dall'articolo *I socialisti della cattedra in Germania*, in *Nuova Antologia*, XI (1876), vol. 32, pp. 128 e ss., sul quale si possono vedere le osservazioni di MOZZARELLI-NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato*, Venezia, 1981, pp. 36-9.

(⁵⁹) Tre gli articoli che in particolare saranno oggetto del nostro esame: C. BAER, *Il decentramento in Inghilterra secondo i più recenti pubblicisti, e le sue possibili applicazioni in Italia*, in *Nuova Antologia*, IV (1869), vol. 11, pp. 477-522; vol. 12, pp. 457-509; V (1870), vol. 13, pp. 346-373; ID., *Bismark e Lanza o le riforme amministrative in Prussia e in Italia*, in *Nuova Antologia*, V (1870), vol. XIV, pp. 253-285; ID., *Il decentramento ed il governo parlamentare*, in *Nuova Antologia*, VI (1871), vol. XVI, pp. 627-653.

Il programma dei senatori Ponza e Jacini ha dimostrato, riunendo esponenti di diverse « chiesuole » politiche, che al tema del decentramento la classe politica assegna un ruolo di guida nella soluzione dei problemi dello Stato unitario, ma il programma « studia la questione del discentramento sotto l'aspetto degli interessi locali. Io vorrei studiarla sotto un altro aspetto, quello del diritto pubblico in uno Stato parlamentare »⁽⁶⁰⁾: alle riforme amministrative si inizia a guardare con altri occhiali, non più per realizzare una più corretta dinamica parlamentare, ma per costituire dei sicuri contrappesi all'instabilità della lotta politica, per ritrovare, attraverso un rafforzamento delle istituzioni, una rilegitimazione della classe dirigente.

Il giudice di pace che Gneist ha dissepolto dalle tradizioni costituzionali inglesi deve realizzare il miracolo di ricondurre la società al governo di se stessa, impedire con la formazione di una forte struttura onoraria, espressione diretta del corpo sociale, che la « burocrazia essendo la sola forza attiva della società (sia) messa a disposizione de' partiti »⁽⁶¹⁾.

Il problema del *selfgovernment* e quindi anche quello della magistratura speciale necessaria per assicurare piena giuridicità al decentramento per funzionari onorari sono già divenuti i « rimedi » — come si chiameranno negli anni successivi⁽⁶²⁾ — al « governo

⁽⁶⁰⁾ BAER, *Il discentramento e il governo parlamentare*, cit., p. 628. Sulla posizione di dissenso che Baer, che pure aveva preso parte ai lavori della commissione, manifestò nei confronti del Programma Ponza-Jacini, cfr. DE CESARE, *La Commissione San Martino-Jacini e la riforma dello Stato (1870-71)*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, III (1970), 10, pp. 44 e ss.

⁽⁶¹⁾ BAER, *Il decentramento in Inghilterra*, cit., vol. 11, p. 505.

Anche in Prussia « stato ordinato così diversamente dall'Inghilterra, nel paese del soldato e del funzionario, il Ministero del Conte di Bismark non esita a por mano ad una riforma amministrativa, ispirata dai migliori principi del *selfgovernment* inglese » (BAER, *Bismark e Lanza*, cit., p. 255). In Italia invece i progetti Lanza del 7 marzo 1870, di riforma della legge comunale e provinciale e dell'amministrazione pubblica dello Stato (su cui cfr. BERSELLI, *Italia legale e Italia reale*, cit., pp. 38-9) sono incorsi nell'« errore gravissimo e fecondo di pessimi effetti » di concedere l'elettività ai sindaci ed ai presidenti delle deputazioni provinciali.

⁽⁶²⁾ Negli anni successivi, come vedremo, di « rimedi » parleranno un po' tutti, da Silvio Spaventa a Marco Minghetti, da Pasquale Turiello

di partito », la struttura portante di una riforma dello Stato programmaticamente rivolta all'abolizione delle influenze del parlamentarismo sulla giustizia e sull'amministrazione.

Se nell'immediato gli articoli di Baer passeranno quasi inosservati⁽⁶³⁾, la loro fortuna è tuttavia soltanto rinviata: circa un decennio più tardi, quando l'analisi ed il linguaggio che nel 1870 potevano apparire inconsueti diventeranno patrimonio comune e diffuso e le tematiche della giustizia nell'amministrazione, anche in connessione con la degenerazione trasformistica della politica italiana, asquisteranno ben altra determinazione e linearità, questi scritti di Baer entreranno a pieno titolo nei dibattiti degli anni '80.

Certo, con Baer siamo soltanto alle origini della letteratura sul parlamentarismo, non ci possiamo attendere proposte pienamente formalizzate o soluzioni istituzionali le cui linee siano riscontrabili nelle riforme amministrative crispine: ciò nonostante Baer rappresenta una tappa importante nell'itinerario della giustizia amministrativa perché nei suoi scritti, per la prima volta, il problema del completamento del sistema di giurisdizione unica s'inserisce in un modello politico-costituzionale da costruire intorno alla centralità dell'amministrazione; per questo gli stessi suoi contemporanei lo considerarono un precursore, un interprete e divulgatore intelligente delle novità che si affacciavano in terra tedesca⁽⁶⁴⁾.

a Gaetano Mosca, in una ricerca talvolta affannosa di riforme istituzionali ed in particolare amministrative che permettessero agli instabili governi parlamentari di poggiare su basi più solide, ad una classe dirigente elitaria di rafforzare la propria *leadership*.

⁽⁶³⁾ È quello che notò pochi anni più tardi M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881, p. 287, secondo il quale gli articoli di Baer « avrebbero meritato tutta la meditazione e l'esame degli uomini politici e di coloro che studiano sulle condizioni della società odierna; ma passarono invece poco osservati, perché la opinione non era matura ancora a tali indagini, e poi Roma e l'acquisto della capitale rapivano ancora a sé le menti di tutti ». Analogo giudizio positivo insieme al rammarico per « l'oblio quasi intero in cui i manifattori di riforme han lasciati questi studi preziosi del Baer », in P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, Bologna, 1882, vol. 2^o, p. 59 in nota.

⁽⁶⁴⁾ In questo senso anche il giudizio di SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 462, che proprio a Baer dedica le prime pagine del capitolo su *Il movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'am-*

Non emerge ancora in modo autonomo l'istanza per la giustizia amministrativa: il problema dell'integrazione del sistema fondato nel 1865 passa essenzialmente attraverso una giurisdizionalizzazione delle forme di tutela e di controllo esercitate dal potere ministeriale e prefettizio sui corpi locali. La giustizia amministrativa è una proposta ancora limitata, rappresenta il coronamento dell'edificio di amministrazione attiva che si vuole innalzare sull'impianto dei funzionari onorari⁽⁶⁵⁾.

Ma la divulgazione del pensiero politico e giuridico tedesco si anima già di proposte concrete, di soluzioni istituzionali direttamente applicabili alle strutture dello Stato unitario: l'importanza degli scritti di Baer va oltre la diffusione delle idee di Rudolf von Gneist, investe il confronto che inevitabilmente doveva porsi tra il modello del giudice di pace e le scelte inaugurate coll'unificazione.

Se, come proponeva Baer, i *Justices of the Peace* per l'amministrazione italiana dovevano strutturarsi sui consiglieri di prefettura in primo grado e sul Consiglio di Stato — « magistratura che ha del giudiziario e dell'amministrativo ad un tempo » — in secondo grado, non poteva non risorgere l'antico spettro del contenzioso, l'obiezione di minare così le basi del sistema di giurisdi-

ministrazione, riconoscendo ai suoi articoli il carattere di « primo documento, in Italia, di questo nuovo indirizzo nelle dottrine del diritto pubblico e nelle loro applicazioni ».

(65) Sulla giurisdizionalizzazione dei controlli sugli « enti autarchici » e sulla connessione tra decentramento e giustizia amministrativa si vedano le osservazioni di ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit., p. 25 e pp. 63-4, che cita espressamente questi studi di Baer oltre ai lavori di Gneist. Ma in queste pagine di Santi Romano non c'è più posto per l'anacronistico modello del funzionario onorario e critiche precise si levano contro le costruzioni del giurista berlinese che, facendo del *selfgovernment* « un edificio intermedio fra lo Stato e la società » (*ibid.*, p. 50), non aveva completamente risolto, attraverso il concetto di « autarchia », l'amministrazione locale nell'amministrazione statale. L'autarchia in senso giuridico non può consistere più « nell'amministrazione per via di funzionari non retribuiti » (p. 48): essa « non è un'amministrazione distinta da quella dello Stato, ma una specie di questa avente dei propri caratteri ... » (p. 50). Del resto la possibilità di una rappresentatività locale affidata a funzionari onorari doveva essere esclusa anche per la mancanza di « quella classe che avesse avuto il prestigio, la capacità, la volontà di assumere cariche onorifiche e disimpegnarle convenientemente » (p. 59).

zione unica. I progetti di riforma non potevano esimersi dal confronto colle concettualizzazioni che a partire dal diritto civile e politico avevano fissato nel 1865 i profili della tutela giurisdizionale verso l'attività amministrativa⁽⁶⁶⁾.

Parlare per l'amministrazione italiana di giudice di pace significava anche affrontare, sia pure in modo indiretto, il problema della discrezionalità del potere, dei limiti posti al sindacato del giudice ordinario. Sotto il modello politico del *selfgovernment* non potevano dissolversi gli aspetti tecnico-giuridici che avevano cominciato a regolare i difficili criteri di riparto tra competenze giurisdizionali ed amministrative, dovevano farsi strada le critiche contro quel « diritto generico e vago dell'amministrazione pubblica, della cui estensione e importanza è giudice questa soltanto »⁽⁶⁷⁾, che aveva costituito il simbolo della libertà del potere, il limite invalicabile per la competenza del giudice ordinario.

Il completamento dell'opera iniziata nel 1865 richiede un rifiuto totale degli istituti amministrativi recepiti dal modello francese: « in Inghilterra si riderebbe a chi venisse a ragionare sulla

⁽⁶⁶⁾ BAER, *Il decentramento in Inghilterra*, cit., vol. 13, p. 348. Alla possibile e pericolosa obiezione di risuscitare, con le proprie proposte, il contenzioso amministrativo, Baer rispondeva: « è manifesto ad ognuno che ne' rapporti fra lo Stato e i comuni e le provincie in tutto ciò che si appartiene ad amministrazione pubblica, non vi ha materia di diritti civili né politici ». Le norme stabilite « pel retto andamento de' servizi pubblici, e i rapporti che ne risultano tanto pel cittadino che per l'uffiziale pubblico e pe' comuni e le provincie, insino a tanto che non è leso un diritto civile o politico, formano esclusivamente parte del diritto che addimandesi *amministrativo*, il quale è distinto e separato dal diritto civile e dal diritto politico, e perciò estraneo al potere giudiziario ordinario » (p. 348).

Del resto secondo BAER, *Il decentramento in Inghilterra*, cit., vol. 11, pp. 515 e ss., un'istituzione simile ai giudici di pace inglesi avrebbe dovuto esser già presente nell'esperienza preunitaria e specialmente nel Regno delle Due Sicilie dove già nel 1816 erano stati introdotti dei Consigli d'intendenza: in realtà secondo G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie (1815-1861)*, Milano, 1977, pp. 617 e ss., i consiglieri erano impiegati dello Stato e « non sembra che fosse rigorosamente osservata quella scelta dei consiglieri tra gli abitanti della provincia e dei singoli distretti che, nell'intenzione del legislatore, avrebbe dovuto dare ai Consigli d'intendenza un carattere moderatamente rappresentativo » (p. 625). Si veda anche FEOLA, *La monarchia amministrativa*, cit., pp. 173 e ss..

⁽⁶⁷⁾ BAER, *Il decentramento ed il governo parlamentare*, cit., p. 633.

distinzione tra diritto e interesse, su ricorso in via gerarchica e su conflitti di giurisdizione tra l'amministrazione e il potere giudiziario » (68).

Solo aderendo al modello inglese del giudice di pace si può ottenere l'imparziale giuridicità del diritto pubblico: se con lo sviluppo del governo parlamentare il sistema di potere incentrato sulla burocrazia « esclude la società dall'intervento nel governo e non offre nessuna garanzia alla osservanza imparziale delle leggi », il rimedio deve consistere nel « chiamare la società ad una partecipazione maggiore nel governo della cosa pubblica, nell'esecuzione e nell'applicazione delle leggi, rendendola indipendente dal potere ministeriale » (69).

L'anglofilia tipica del moderatismo italiano (70) si aggiorna: il funzionario onorario diventa il simbolo di un ordinamento costituzionale ed amministrativo perfetto, di istituzioni interamente permeate dal diritto e nelle quali all'instabile mutevolezza della politica si contrappone la completa giuridicità dello Stato.

Le ansie per una più salda e sicura vita politica e sociale si fondono con sogni anacronistici, con la ricerca di ideali dal vago sapore letterario, di istituzioni irrimediabilmente consegnate al passato.

Non rimane che affidarsi all'« educazione politica del paese » per sperare di rintracciare anche in Italia quella *gentry* inglese, quella piccola aristocrazia territoriale sulla cui rappresentatività sociale rifondare le strutture dello Stato unitario (71).

(68) *Ibid.*, p. 635.

(69) *Ibid.*, p. 631.

(70) Solo per limitarsi agli stessi anni in cui apparvero questi studi di Baer, d'obbligo il riferimento a P. MANFRIN, *Il sistema municipale inglese e la legge comunale italiana. Studi comparativi*, Padova, 1872 e a L. FRANCHETTI, *Dell'ordinamento interno dei comuni rurali in Italia*, Firenze, 1872.

(71) Il problema dell'individuazione di quella classe media che fosse in grado, sul modello della *gentry* inglese, di assumersi quelle funzioni onorarie essenziali nel sistema del *selfgovernment*, fu sempre presente a coloro che cercarono di proporre il modello inglese per il tessuto sociale italiano. Cfr. BAER, *Il decentramento in Inghilterra*, cit., vol. 11, p. 508; FRANCHETTI, *Dell'ordinamento interno dei comuni rurali in Italia*, cit., p. 71 il quale riteneva almeno indispensabile la presenza di una classe che, se non proprietaria, avesse « gli interessi medesimi di un proprietario, come sono

Le alternative all'accentramento, le possibilità di una più efficace tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, s'insabbiano in prospettive politicamente irrealizzabili, si confinanano in disegni irreversibilmente datati.

Resisterà, tuttavia, nel dibattito futuro il valore ideale assegnato al modello di *selfgovernment* diffuso nell'interpretazione di Gneist, sarà confermata e rafforzata la scelta per la centralità dell'amministrazione: l'idea che « la libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative »⁽⁷²⁾ è già espressa nell'eterogeneo eclettismo di questi scritti immersi negli anni della Destra storica.

i contadini mezzaioli della nostra Toscana o i fittavoli a lungo termine». Proprio sulla possibilità e sulla rappresentatività, in Italia, di questa classe di medi proprietari, si registrerà — come vedremo — una piccola *querelle* tra Silvio Spaventa e Marco Minghetti.

⁽⁷²⁾ L'espressione, famosissima, è di S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo la sera del 7 maggio 1880, ora in ID., *La politica della Destra, Scritti e discorsi* raccolti da B. Croce, Bari, 1910, p. 78 e traduce un passo di GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, 1879 (2^a ed.), p. 283 (citiamo dalla ristampa anastatica Darmstadt, 1958): « unter dem constitutionellen Ministerwechsel begann man allmähig zu fühlen, dass die bürgerliche Freiheit mehr auf der Seite der *Verwaltung* als der *Verfassung* liege, dass eine Präfectenverwaltung unter 'verantwortlichen' Ministern im Sinne der zeitigen Majorität mit der Integrität des Beamtentums wie mit der bürgerlichen Freiheit schwer vereinbar sei ».

CAPITOLO TERZO

« PARLAMENTARISMO » E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA NEL DIBATTITO DELI ANNI OTTANTA

Premessa. — 1. « Germanismo amministrativo » e centralità del Parlamento: la proposta di Silvio Spaventa. — 2. Verso lo Stato giuridico: i « rimedi » al « governo di partito ». — 3. Giustizia amministrativa e primato dell'amministrazione.

Premessa.

Non dovette passare molto tempo perché i numerosi fermenti innovatori, che già dall'inizio degli anni '70 si manifestavano nel dibattito istituzionale, arrivassero al loro pieno sviluppo e dessero vita ad un'ampia e variegata riflessione politico-giuridica.

Le stesse vicende parlamentari favorirono un rinnovato e generale interesse per l'analisi dei fatti sociali e istituzionali, per la ricerca di riforme da introdurre nelle strutture amministrative, anche sull'onda di una diffusa suggestione che i processi riformatori in corso negli stessi anni in terra tedesca e austriaca esercitavano sui dibattiti italiani ⁽¹⁾.

(1) Assai significativo a questo proposito è FERRARIS, *Le riforme amministrative in Prussia. L'ordinamento dei circoli secondo la legge del 1872*, in *Archivio giuridico*, XI, 2, (1873), pp. 282-313, sul quale richiama opportunamente l'attenzione GHERARDI, *Sul « Methodenstreit » nell'età della Sinistra (1875-1885): costituzione, amministrazione e finanza nella « via media » di Giuseppe Ricca-Salerno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, I, (1983), p. 99. Ferraris forniva un quadro sufficientemente analitico della legge prussiana 13 dicembre 1872 istitutiva dell'ordinamento dei circoli, che con la creazione del *Kreisausschuss* e del *Bezirksverwaltungsgericht* realizzava i primi fondamenti di quella organizzazione di giurisdizione amministrativa poi ampiamente rivista nel 1875. Sul punto cfr. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., pp. 623 e ss. e U. STUMP,

La « rivoluzione parlamentare » del marzo 1876 rappresentò per i contemporanei un fattore di grande novità, che si cercò di razionalizzare nella normale dinamica di un governo parlamentare-rappresentativo che doveva pur prevedere la possibilità di un'alternanza dei partiti alla guida del Gabinetto⁽²⁾, ma che, per il modo stesso in cui essa si era realizzata, mentre rovesciava vecchi e consolidati equilibri, ne ricercava faticosamente di nuovi tra le clamorose defezioni di gruppi tradizionalmente legati alla Destra storica e la ricerca di nuove piattaforme politiche⁽³⁾.

Il dissolvimento dei vecchi partiti, il rapido declino, anche elettorale, della Destra, mutarono sensibilmente il quadro tradizionale della politica italiana: l'avvio della prassi trasformistica risolveva provvisoriamente i problemi della cronica instabilità dell'organizzazione del potere, ma rappresentava anche l'indice più evidente della precarietà degli equilibri raggiunti, della debolezza della classe politica. La grande abilità di Depretis nel dosaggio dei delicati schieramenti parlamentari non riusciva a nascondere la labilità dei compromessi ottenuti, la soluzione solo formale delle tensioni e dei conflitti crescenti nel tessuto sociale⁽⁴⁾.

Preussische Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1875-1914, Berlin, 1980, pp. 26 e ss. Su questo lavoro di Stump cfr. la recensione di R. GRAWERT, *Preussische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Die Verwaltung*, 16. Band, (1983), 1, pp. 66-80.

(2) « La Sinistra, l'antica opposizione, raccolse sola il potere; e noi non ce ne dolemmo »: « l'opposizione nei governi parlamentari è un'istituzione stessa dello Stato ». Così SPAVENTA, *Il primo anno di governo della Sinistra*, discorso pronunciato al banchetto elettorale di Bergamo il 17 aprile 1877, ora in *La politica della Destra*, cit., p. 5. Questo invece il giudizio di MARSELLI, *La rivoluzione parlamentare del marzo del 1876*, cit., p. 1: « l'alternarsi dei partiti parlamentari al reggimento dello Stato, nel che è riposta la vita normale del governo costituzionale, per l'Italia è da considerarsi come una rivoluzione ».

(3) Sulla caduta della Destra e sulla posizione assunta dal gruppo toscano guidato da Peruzzi nelle discussioni parlamentari sulle convenzioni ferroviarie cfr. G. CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, Torino, 1956, pp. 21-66.

(4) Molto lucido il giudizio di CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, cit., p. 267, secondo il quale il trasformismo di Depretis non mirava alla costituzione di un nuovo partito, ma alla dissoluzione dei vecchi, non era espressione di un programma positivo,

Le prime critiche ai « modi di governo »⁽⁵⁾ della Sinistra, presto sollevate dai banchi dell'opposizione, investirono così la stessa globalità delle strutture istituzionali, superarono l'ocasionalità della polemica parlamentare nel tentativo di fondare una riflessione complessiva sulla linearità dei modelli di gestione del consenso e del potere praticati dalla classe dirigente, s'indirizzarono verso la ricerca dei possibili « rimedi » alla pericolosa instabilità della « politica ».

Si sviluppava una vera e propria letteratura che avrebbe accompagnato il dibattito istituzionale fino alle riforme crispine del 1889, caratterizzata da forti elementi di omogeneità — dall'utilizzazione di linguaggi e modi di analisi tendenzialmente comuni alla convergenza sulle proposte di riforma, dall'appartenenza dei protagonisti agli stessi schieramenti politici al richiamo delle medesime fonti culturali e giuridiche — ma che, affrontando i grandi problemi dei rapporti tra legislativo ed esecutivo, del difficile equilibrio tra primato del Parlamento e primato dell'amministrazione, sulla base di una consapevolezza più o meno avvertita delle reali condizioni del paese, non poteva non registrare una dialettica articolazione di idee e di progetti, di modelli e di riforme.

Da una comune aspirazione alla tranquillizzante organicità del « governo giuridico », del *Rechtsstaat*, emergevano divergenze anche sostanziali sulle linee che il sistema costituzionale italiano doveva seguire per far fronte alle nuove esigenze dello sviluppo economico e industriale, per assicurare una maggiore compattezza alla classe dirigente.

Rimaneva tuttavia una solida piattaforma unificante: la coscienza che la centralità della dinamica istituzionale doveva essere individuata nell'amministrazione, che dal rafforzamento delle sue strutture doveva passare la riforma dello Stato, la soluzione dei

ma di un programma negativo e difensivo. Su Depretis « maestro supremo » dell'arte politica cfr. anche R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979, p. 212.

(5) *Dei criteri e dei modi di governo della Sinistra nel Regno d'Italia* era infatti il titolo di un famoso « almanacco politico » del senatore Luigi Zini — Bologna, 1880 — (Una prima edizione col titolo *Dei criteri e dei modi di governo nel Regno d'Italia* era già apparsa, sempre presso Zanichelli, nel 1876).

problemi del paese. E strettissimo diveniva così il nesso tra la letteratura sul parlamentarismo, tra l'analisi dei fatti politici e le riforme amministrative, prima fra tutte quella della giustizia amministrativa: la necessità di innovare, di completare il sistema inaugurato nel 1865 si avvertiva proprio all'interno di questa ampia riflessione sul futuro dello Stato liberale; l'attualità, la rilevanza di quella che stava divenendo la questione della giurisdizione amministrativa nasceva in un più complessivo progetto di aggiornamento delle strutture istituzionali. Lo dimostrava l'atteggiamento stesso dei giuristi che solo sull'onda di questo più generale dibattito caleranno l'idea della riforma nei difficili problemi tecnici posti dall'applicazione del sistema di giurisdizione unica, iniziando un confronto preciso e puntuale con le scelte che avevano contraddistinto le leggi di unificazione amministrativa.

La battaglia per la « giustizia nell'amministrazione » esprimeva certamente l'esigenza di un potenziamento dell'Esecutivo, di un rafforzamento delle strutture del potere, che sembravano in grado di assicurare una nuova e più duratura stabilità allo Stato liberale, ma, inserita in questi più complessivi modelli di riforma, acquistava valenze e coloriture diverse a seconda che il disegno generale puntasse ad una sostituzione globale del regime parlamentare-rappresentativo, oppure che questo disegno, anche se consapevole della necessità di assicurare uno statuto più autonomo alla pubblica amministrazione, non fosse disposto a sacrificare fino in fondo il valore tradizionalmente liberale della centralità del Parlamento.

Solo quindi evitando di fare della giustizia amministrativa una vicenda autonoma, formalizzata, avulsa dal diffuso e generale dibattito istituzionale, si può approdare ad una lettura più rispondente alla effettiva complessità di quel patrimonio culturale comune sui temi dell'amministrazione, si può uscire dalle secche di interpretazioni meccanicistiche secondo le quali la proposta d'istituire un sistema di giustizia amministrativa soddisfaceva alla necessità di surrogare il mancato allargamento della partecipazione politica ⁽⁶⁾.

(6) La tesi secondo la quale l'introduzione degli istituti di giustizia amministrativa ha rappresentato una risposta volutamente elusiva alle esi-

Il rafforzamento delle garanzie giuridiche del cittadino, invece, rimase sullo sfondo, costituì un frutto evidente, ma indiretto delle riforme proposte: il fulcro del dibattito restò saldamente incentrato sul potere, sulla sua organizzazione, sulla necessità di approntare più efficaci strumenti di direzione politica: la giustizia amministrativa oscillò così tra tentativi « liberali » e tentativi « autoritari » di aggiornamento delle istituzioni, diventò una proposta di riforma funzionale a progetti politici anche confliggenti, ma costituì sempre parte integrante di un tentativo che la classe dirigente fece per mantenere inalterata la propria supremazia.

1. « *Germanismo amministrativo* » e centralità del Parlamento: la proposta di Silvio Spaventa.

Già dalla fine degli anni '70 la centralità della questione amministrativa si rafforzava nel dibattito politico. Le prolusioni di Carlo Francesco Ferraris dell'aprile e del novembre 1878⁽⁷⁾ confermavano che alle vicende tedesche si guardava con sempre mag-

genze politiche e sociali dell'Italia del tempo è sostenuta da CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, cit., in un volume che ha avuto comunque il pregio di sollevare il problema dell'inserimento della vicenda degli istituti di tutela del cittadino nella realtà degli anni '80. L'ipotesi interpretativa di Chiodi è duramente criticata da NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., pp. 718 e ss., per il quale — vedi anche nota n. 3 cap. 2° — il denso dibattito sulle istituzioni, in cui maturò la prospettiva di una riforma del sistema di giurisdizione unica, rappresentò soltanto l'« occasione » di emersione del problema della giustizia amministrativa.

(7) Facciamo riferimento a FERRARIS, *La scienza dell'amministrazione. Oggetto, limiti ed ufficio*, Prolusione letta nella Università di Pavia il 2 aprile 1878, ora in Id., *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, cit., pp. 3-37; Id., *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo e la sua sede nel sistema delle scienze politiche*, Prolusione letta nell'Università di Pavia il 18 novembre 1878, *ibid.*, pp. 41-73. Su Ferraris nel quale il problema dell'autonomia scientifica della scienza dell'amministrazione diventa analisi dell'« azione positiva e diretta dello Stato nella vita economica, fisica ed intellettuale della Società » (*loc. ult. cit.*, p. 49) cfr. S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia (1870-1925)*, Venezia, 1979, pp. 184-190 e MOZZARELLI-NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, cit., pp. 47 e ss.

giore attenzione, dimostravano che nuovi grandi problemi si affacciavano alla riflessione teorica, che al diritto amministrativo d'impronta e di metodo francesi si stava ormai affiancando la scienza dell'amministrazione.

L'incontro con le opere del gruppo del *Verein für Sozialpolitik* favoriva anche un primo confronto con i temi dello sviluppo industriale, del ruolo dello Stato nell'economia ⁽⁸⁾. Dal latente *Kathedersozialismus* di uomini come Cusumano, Ferraris, Ricca-Salerno, all'intransigente difesa dei principi dell'economia classica di un Ferrara, alla sfumata posizione di un Salandra, il dibattito dimostrava di muoversi sui difficili terreni dell'economia sui quali discutere per scoprire il ruolo delle istituzioni, approntando quei modelli teorici, quelle nuove cognizioni scientifiche da offrire come strumenti essenziali alla direzione dello Stato ⁽⁹⁾.

Anche il dibattito giuridico si veniva intensificando spinto dalle recenti vicende politiche, dall'accurata lettura degli autori tedeschi, dalla continua attenzione che la stessa riflessione italiana aveva prestato alle questioni istituzionali, a discutere di nuovi principi costituzionali e strutture amministrative, a verificare la

⁽⁸⁾ La recezione delle opere dei *Kathedersozialisten*, da Wagner a Schmoller, da Engel a Brentano, avrebbe avuto per Ferraris un significato pratico operativo prima che scientifico: « la patria nostra, benché muova soltanto i primi passi nello sviluppo economico, incomincia a sentire inquietudine per quei tremendi problemi che altrove cercarono soluzioni non in-cruente; ha poi una secolare eredità di miserie..... Ora, soltanto con un'azione efficace dello Stato nell'ordine economico, nel fisico e nell'intellettuale si prepareranno a quei problemi soluzioni pacifiche, a queste miserie gli opportuni rimedi. Quale debba essere a tale proposito il compito del legislatore e degli amministratori lo dirà coi suoi precetti la scienza nostra » (FERRARIS, *La scienza dell'amministrazione*, cit., pp. 36-7). Sui rapporti tra scienza dell'amministrazione e questione sociale cfr. anche G. GOZZI, *Organizzazione degli interessi e razionalità amministrativa in Italia tra Otto e Novecento. Carlo Francesco Ferraris e la scienza dell'amministrazione*, in *Il pensiero politico*, XVI, 2, (1983), pp. 215 e ss.

⁽⁹⁾ Su questo denso panorama culturale cfr. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 61 e ss. Sull'influenza di questa diffusa interdisciplinarietà sulle riflessioni della scienza giuridica postunitaria si vedano le pagine di P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, pp. 199-210.

persistente validità delle scelte dell'unificazione alla luce dei nuovi problemi del paese.

Già in uno studio di Giorgio Arcoleo dedicato al bilancio dello Stato, un tema sul quale sin da dieci anni prima era iniziata la penetrazione culturale delle opere di Rudolf von Gneist in terra italiana, il modello inglese, ancora una volta mediato dagli studi del giurista berlinese, appariva il sistema istituzionale ideale seguendo il quale si sarebbero potuti ridisegnare i limiti tra diritto e politica, tra istituzioni e partiti, garantire la continuità delle strutture statali ⁽¹⁰⁾.

La critica alla confusione latina di amministrazione e politica muoveva da una constatazione che in varie e diverse formulazioni troveremo costantemente ripetuta in questa letteratura istituzionale: in Inghilterra « fu compreso che la Costituzione va connessa intimamente con l'amministrazione » ⁽¹¹⁾. Iniziava a far presa un

⁽¹⁰⁾ ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, cit., Su questo volume FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 67-9, che riconduce le tematiche affrontate dal giurista siciliano alle suggestioni del « germanismo amministrativo » ed in particolare ai modelli di Rudolf von Gneist, ma che meno correttamente, ci sembra, vi individua un progetto di « revisionismo costituzionale » che non tiene conto della immutata fedeltà di Arcoleo alla forma di governo parlamentare. Notizie biografiche sul giurista siciliano nella voce *Giorgio Arcoleo*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. 3^o, Roma, 1961, pp. 798-800.

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, p. 18. E si veda FERRARIS, *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo*, cit., p. 42, secondo il quale il diritto amministrativo nato in Francia con la Restaurazione era stato « l'espressione scientifica del tentativo liberticida di separare in modo assoluto l'amministrazione dalla costituzione », oppure la *Rassegna settimanale (Il parlamentarismo e l'amministrazione)*, in *Rassegna settimanale*, vol. 5^o, n. 126, 30 maggio 1880, p. 366) secondo la quale la scoperta che in Inghilterra il « governo libero » era fondato « sopra l'unità organica della costituzione e dell'amministrazione » aveva anche determinato una inversione di tendenza negli studi di diritto pubblico: « si potrebbe dire che il perfezionamento degli ordini politici si cerca ormai principalmente nell'amministrazione, mentre prima si cercava principalmente nella costituzione ». Si tratta di considerazioni che richiamano quelle che nello stesso periodo svolgeva Silvio Spaventa — si rilegga la citazione riportata a p. 109 — e dimostrano al tempo stesso l'indiscussa centralità acquisita dalle tematiche amministrative all'interno della riflessione politica e istituzionale e la grande diffusione di modelli interpretativi e progettuali riconducibili

disegno riformatore dell'amministrazione da attuare tuttavia in funzione di un diverso assetto costituzionale, un progetto che mirava a salvare il nucleo essenziale dell'organizzazione statale, la sua stabilità, dalle intromissioni della politica e dello « spirito di partito », in una parola il tentativo di assicurare l'impermeabilità delle « grandi funzioni pubbliche » alle tensioni della società civile.

Si trattava di obiettivi che in questo caso si calavano nella tecnicità e nella specificità di un singolo istituto del diritto costituzionale, ma che ne trascendevano ampiamente i limiti specialistici venendo ad esprimere le aspettative diffuse della classe dirigente, le linee di un progetto globale da attuare per rafforzare le deboli strutture dello Stato liberale.

Il modello ideale del « governo secondo la legge » si concretizzava in un ordinamento che assicurasse piena intangibilità alle « funzioni permanenti » dello Stato, alle « leggi organiche della giustizia e dell'amministrazione », ma la ripresa di argomentazioni tradizionali del pensiero di Gneist, già del resto lucidamente diffuse nello scrittarello che Bonghi dieci anni prima aveva premesso alla traduzione di *Budget und Gesetz*, non arrivava a mettere in discussione il principio secondo il quale il « giudice vero e supremo dell'amministrazione » doveva essere il Parlamento ⁽¹²⁾.

È già presente una utilizzazione « italiana » dei principi teorici nei quali si condensava la riflessione politica e giuridica di Gneist: se c'è piena disponibilità a recepire criteri di analisi e progetti istituzionali, se si è pronti ad attribuire valore ideale al modello del *Rechtsstaat*, a considerare l'amministrazione l'elemento di garanzia dell'intero assetto delle istituzioni, si è invece molto meno propensi a porre in discussione i principi del governo parlamentare, i valori della costituzione materiale che da Cavour in poi reggeva la vita politica italiana ⁽¹³⁾.

al « germanismo amministrativo ». (Su quest'ultimo punto GHERARDI, *Sul « Methodenstreit » nell'età della Sinistra*, cit., pp. 98-9).

⁽¹²⁾ ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato*, cit., p. 131.

⁽¹³⁾ Si deve considerare, come osserva ROTELLI, *L'organizzazione costituzionale nella storiografia del secondo dopoguerra*, in *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, cit., p. 32, che il problema della forma di governo non si esaurì però nel rapporto tra costituzione formale, lo Statuto albertino, non applicata ed antitetica costituzione materiale ispirata ad i

La ricerca di una diffusa giuridicizzazione della dinamica istituzionale è probabilmente espressione di una sopravvalutazione del « giuridico », della capacità del diritto di porsi al di sopra e al di fuori delle tensioni politiche e sociali; l'idealizzazione del sistema inglese s'inserisce in un'analisi che privilegia una vita costituzionale organicamente fondata, scandita da una evoluzione affidata ad una sicura e tranquillizzante continuità: ci si adagia in una prospettiva che, riscoprendo la naturalità dello Stato liberale, ponga al tempo stesso le istituzioni al riparo di conflitti non dominabili, in una prospettiva conservatrice, ma che non è disposta a percorrere la via di una involuzione autoritaria del regime costituzionale⁽¹⁴⁾.

Occorreva tuttavia ormai imboccare la strada delle proposte concrete: era giunto il momento — come sosteneva un'attenta recensione che la *Rassegna settimanale* aveva dedicato già nel febbraio del 1880 al volume di ARCOLEO — di « intromettersi nelle lotte reali della vita politica », di « sostituire sani criteri sperimentali ai pregiudizi di partito »⁽¹⁵⁾.

Il compito toccò — com'è noto — ad un esponente di primo piano della classe dirigente risorgimentale, a Silvio Spaventa, che come ministro dei lavori pubblici aveva presentato quel progetto di nazionalizzazione delle ferrovie che aveva costituito la causa determinante della caduta, il 18 marzo del 1876, del Governo Minghetti, l'ultimo guidato da un uomo politico della Destra storica.

principi del regime parlamentare: « la sopravvivenza della prima non ha mancato di pesare sullo svolgimento della seconda e l'affermazione di questa non è stata in nessun momento così piena e definitiva da diventare veramente irrevocabile ».

(14) Si leggano le conclusioni di ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato*, cit., p. 157: « come al di sopra della legge vi ha il diritto, che n'è il presupposto, così al di sopra del voto di bilancio, variabile, vi sono le leggi fondamentali, che regolano le grandi funzioni pubbliche, e che come tali debbono fare argine contro le torbide correnti politiche, che dai bassi strati sociali spesso si sollevano, ingrossate dalla stampa e dai partiti fino alle più alte sfere, e falsano le leggi fin sul nascere, e intorbidano le serene discussioni finanziarie con ire elettorali, compromessi di fazioni, contrasto d'interessi. Bisogna qui limitare da un lato il governo dall'altro l'assemblea salvare il bilancio dalle invasioni della piazza, come dagli abusi del gabinetto ».

(15) Così la nota bibliografica redazionale in *Rassegna settimanale*, vol. 5^o, n. 110, 8 febbraio 1880, p. 119.

Ed il discorso che Spaventa pronunciò nel maggio del 1880 davanti all'Associazione costituzionale di Bergamo⁽¹⁶⁾ diventò subito un punto di riferimento fondamentale per la riflessione politica e istituzionale, una tavola di analisi e di proposte presto fatta propria, ma anche criticata e discussa da un dibattito che si faceva sempre più intenso e vitale. In circa cinquanta pagine Spaventa riusciva a condensare analisi politica e progetti di riforma dimostrando una buona conoscenza della letteratura giuridica ed una grande padronanza delle vicende istituzionali, dei fatti parlamentari come di quelli amministrativi.

L'interesse per i temi giuridici e amministrativi non rappresentava del resto una novità nella biografia intellettuale di Spaventa: pur senza considerare che fra tante opere filosofiche anche trattati e scritti giuridici avevano costituito parte integrante delle letture fatte nei lunghi anni dell'ergastolo di Santo Stefano⁽¹⁷⁾, tralasciando

(16) Di fronte alle « Associazioni costituzionali », che avrebbero dovuto essere, all'indomani della svolta del 1876, — come già osservava CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, cit., p. 69 — le « depositarie » delle idee della Destra, si svolse una parte considerevole del dibattito sul parlamentarismo: molti dei discorsi extraparlamentari di Silvio Spaventa saranno pronunciati in occasione di adunanze di tali associazioni e lo stesso volume di Minghetti rappresentò lo sviluppo di un discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Napoli l'8 gennaio 1880. (Si legga la prefazione che Minghetti stilava ad un anno esatto dal discorso napoletano: MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, cit., pp. 1-3).

Sulla fortuna del discorso di Bergamo, significativo anche se molto enfatico il giudizio di SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 471: « non mai in Italia, né prima né dopo dello Spaventa, furono meglio condensate in una serie di formule precise e perspicue le più alte dottrine del diritto pubblico moderno, e poste a servizio delle esigenze positive del nostro progresso civile ». Un recente e discutibile tentativo di « attualizzare » le prospettive del discorso di Bergamo per rifondare, in chiave odierna, un primato dell'amministrazione contro le invadenze della classe politica è in G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1985. (Alle pp. 1-3; 67-9; 91 le considerazioni su Spaventa).

(17) Significativa la lettera che Silvio scriveva da Santo Stefano al fratello Bertrando il 4 maggio 1853 e nella quale confessava le difficoltà incontrate negli studi hegeliani: « cominciai quindi altri studi: lessi storie, trattati di economia pubblica, di diritto internazionale, amministrativo, cano-

il fatto che Spaventa sedeva in Consiglio di Stato come consigliere sin dal 1867⁽¹⁸⁾, va detto che gran parte della riflessione spaventiana, all'indomani del passaggio del governo alla Sinistra, si era indirizzata ai temi istituzionali, dal discorso su *La politica e l'amministrazione della Destra* a quello famosissimo su *La ricostituzione del ministero di agricoltura, industria e commercio*.

In particolar modo in Spaventa l'analisi della « rivoluzione parlamentare », le prime critiche al governo della Sinistra, si erano presto estese ad una valutazione complessiva delle vicende istituzionali, una valutazione non aliena dal riconoscere i limiti del programma che era stato proprio della Destra storica: « l'opera nostra amministrativa non fu egualmente felice che la politica »; il partito moderato « mancò al compito di dare all'Italia un'amministrazione, che rispondesse perfettamente a tutti i bisogni e interessi suoi »⁽¹⁹⁾.

La stessa vicenda del ministero di agricoltura era stata l'occasione per una verifica approfondita su « lo stato del nostro diritto

nico » (SPAVENTA, *Dal 1848 al 1861. Lettere, scritti, documenti* pubblicati da Benedetto Croce, Bari, 1923 (2^a ed.), p. 182). Sulle vicende biografiche di Silvio Spaventa si possono vedere P. ROMANO (ALATRI), *Silvio Spaventa. Biografia politica*, Bari, 1942, e la più recente ed assai informata biografia di E. CROCE, *Silvio Spaventa*, Milano, 1969.

⁽¹⁸⁾ All'indomani del passaggio del potere alla Sinistra Spaventa fu praticamente costretto alle dimissioni dal Consiglio di Stato da un provvedimento di Giovanni Nicotera, ministro degli interni nel primo governo Depretis, che lo spostava dalla sezione degli interni e dei lavori pubblici a quella delle finanze. Spaventa riprese tuttavia il suo posto al Consiglio di Stato il 14 novembre 1878 su invito espresso di Zanardelli, ministro degli interni del primo governo Cairoli. Su questa vicenda, sintomatica dei metodi usati da Nicotera nella guida del dicastero — sui quali cfr. CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, cit., pp. 71 e ss. — si veda la dettagliata ricostruzione di E. CROCE, *Silvio Spaventa*, cit., pp. 251 e ss. e p. 265.

⁽¹⁹⁾ SPAVENTA, *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della Sinistra*, discorso pronunciato all'Associazione costituzionale romana nell'adunanza del 21 marzo 1879, in *La politica della Destra*, cit., p. 33. Spaventa in particolare contestava alla Destra di non aver avuto sui problemi dell'amministrazione un programma univoco per quella sostanziale ed irrisolta antinomia tra decentratori e accentratori presente al suo stesso interno che aveva reso possibile lo « sbalzo » tra la legge comunale e provinciale del 1859 ed i progetti minghettiani d'istituzione della regione.

pubblico »⁽²⁰⁾ che aveva investito, attraverso l'esame della funzione organizzativa dell'Esecutivo, il complesso dei rapporti e degli equilibri tra Parlamento e Governo, tra assemblee ed amministrazione.

In un discorso molto lucido Spaventa aveva ripercorso l'itinerario istituzionale che aveva portato il Parlamento a prender parte « all'organizzazione delle amministrazioni dello Stato », aveva riconosciuto l'esistenza di un principio costituzionale che, al di là del dettato letterale dello Statuto, attribuiva al Parlamento una funzione generale di controllo sulla vita amministrativa, conquistata attraverso la progressiva sottrazione all'Esecutivo della sua « attività organica originaria »⁽²¹⁾.

Era un discorso letto dai banchi dell'opposizione e nel quale l'argomentazione storica e teorica era tutta in funzione di una critica dell'operato del Governo che nello stesso giorno con decreto aveva soppresso il ministero dell'agricoltura e sempre con decreto aveva istituito il ministero del tesoro, ma che al di là della contingenza parlamentare esprimeva un disegno globale delle istituzioni non disponibile a rinunciare alle prerogative del Parlamento.

(20) SPAVENTA, *La ricostituzione del ministero di agricoltura industria e commercio*, discorso pronunziato alla Camera dei deputati nella tornata del 4 giugno 1878, in *La politica della Destra*, cit., p. 264. Sulla vicenda cfr. CARACCILO, *Stato e società civile*, cit., pp. 34 e ss., che al di là della questione costituzionale della titolarità della funzione di organizzazione, considera il problema anche in relazione alla sempre crescente consapevolezza della classe dirigente della necessità dell'intervento dello Stato nell'economia. L'opportunità della ricostituzione del ministero, sotto questo profilo, non era stata messa in dubbio neppure da Spaventa che aveva riconosciuto l'esistenza di « alcune condizioni generali dello sviluppo economico, le quali nessuno Stato civile può fare a meno di prendere ad oggetto delle sue cure; sia sotto forma di gestione, sia sotto forma di ispezione » (*ibidem*, p. 264).

(21) *Ibid.*, p. 271. Si applicava quindi il principio generale secondo il quale « il potere esecutivo non è un organismo, che vive e sta da sé; esso è compreso in un organismo superiore, nell'organismo dello Stato, dove non è tanto coordinato, quanto subordinato al potere legislativo » (pp. 269-270).

Cfr. anche NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 47, per il quale il discorso spaventiano aveva espresso con chiarezza « la teoria del concorso del parlamento e dell'esecutivo nell'attività di organizzazione ».

Il discorso di Bergamo trovava quindi uno Spaventa già consapevole della centralità della questione costituzionale e amministrativa, convinto che nella riforma dello Stato dovesse essere riposta la possibilità di assicurare piena continuità alle istituzioni liberali.

A Bergamo, nella città nella quale aveva riconquistato il seggio di deputato, perduto in quelle elezioni del novembre 1876 che, registrando un grande successo della Sinistra, avevano definitivamente consolidato il potere di Agostino Depretis, Spaventa pronunciò un discorso vibrante, appassionato, ma lucidissimo nell'analisi come nelle proposte, un discorso che divenne presto famoso, citato con rispetto e ammirazione da amici e avversari ed ancora oggi fra le pagine più conosciute e più lette dell'Italia liberale.

Spaventa riusciva infatti ad interpretare ansie diffuse, a dare un volto definito e determinato a quelle riforme istituzionali generalmente auspiccate, ma anche molto genericamente indicate, ad inserire programmi e progetti nel quadro concreto delle leggi di unificazione amministrativa.

Il discorso possedeva quindi una forte originalità — per la prima volta con così tanta chiarezza e linearità emergeva la proposta della « giustizia nell'amministrazione » —, ma al tempo stesso si calava nel solco già percorso di una letteratura molto vigile sui problemi istituzionali, si legava con mille fili alle riflessioni precedenti ed anche al dibattito contemporaneo, ma si riallacciava in particolare a quella letteratura tedesca da cui gran parte dell'argomentare spaventiano era condizionato.

Ci troviamo di fronte ad una pagina di « germanismo amministrativo »: le riflessioni, il linguaggio, le citazioni di quel Rudolf von Gneist sempre più conosciuto e utilizzato dal dibattito italiano incasellano molte analisi di Spaventa. Siamo ormai al culmine della recezione del pensiero del giurista berlinese; i primi incerti passi mossi in questa direzione da Costantino Baer circa dieci anni prima si sono ormai tradotti in una piena familiarità con la letteratura, ma anche con le riforme amministrative tedesche: di *Rechtsstaat*, di « governo giuridico », dei pericoli del « governo di partito » si parla e si discute nelle riviste — si pensi alla *Rassegna settimanale* —, nelle opere e negli scritti di occasione di giuristi e politici e sempre più se ne parlerà negli anni seguenti.

Di Gneist si conosce ora anche l'opera maggiore, *Der Rechtsstaat*, di lì a pochi anni tradotta anche in italiano a suggellare una presenza culturale sempre più diffusa, un'opera che rappresenta la sintesi dei grandi lavori sul sistema inglese, ma anche della sua attività di riformatore, un ampio affresco delle riforme amministrative prussiane alla luce dei principi del « governo giuridico ».

Ed a Gneist, « pubblicista illustre »⁽²²⁾, sia pur implicitamente, Spaventa si rivolgeva ora per definire il *selfgovernment*, ora per stabilire la centralità delle riforme amministrative ora per individuare nella giustizia amministrativa il « rimedio » principale alle « difficoltà che incontrano la giustizia e la legalità nelle pubbliche amministrazioni sotto i governi parlamentari »⁽²³⁾.

(22) SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 79: il riferimento a Gneist introduceva l'esame di quella polizia preventiva considerata dal giurista berlinese il ramo nel quale si formavano « le massime principali e direttive di tutto il diritto amministrativo » (*Lo Stato secondo il diritto*, cit., p. 95).

(23) *Ibid.*, p. 55 e p. 66. L'influenza del pensiero di Gneist — diffuso nella cultura giuridica italiana di quegli anni, oltre che attraverso le opere che già conosciamo, anche attraverso l'opuscolo *Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtspflege in Preussen*, Leipzig, 1880 — sulle concezioni spaventiane dell'amministrazione già rilevata da E. TAGLIACOZZO, *Il pensiero di Silvio Spaventa*, Milano, 1932, p. 107, ed inserita comunque nelle peculiarità costituzionali dello Stato unitario, successivamente sviluppata da CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, cit., p. 59, è duramente contestata da C. GHISALBERTI, *Silvio Spaventa teorico dello Stato liberale*, in Id., *Stato e costituzione nel Risorgimento*, Milano, 1972, p. 308, che riporta anche un brano di una lettera di Silvio al fratello Bertrando (SPAVENTA, *Lettere politiche (1861-1893)* a cura di C. CASTELLANO, Bari, 1926, p. 164) del 17 febbraio 1879 e scritta in margine alle vicende della ricostituzione del ministero di agricoltura ed al dibattito parlamentare in cui Spaventa aveva pronunciato il discorso che conosciamo, assai critica nei confronti del giurista berlinese. (Del resto ARCOLEO, *Il bilancio dello Stato ed il sindacato parlamentare*, cit., p. 85 in nota, ricorda come nella discussione « eccelsero, malgrado la troppa rigidità delle conclusioni, l'acume e la dottrina di Spaventa, e che a torto, quasi segno d'infanzia parlamentare, deride il Gneist »).

La lettera conferma quindi la peculiarità del pensiero spaventiano, già per altro facilmente rilevabile dai dati testuali del discorso di Bergamo, ma non ci sembra sufficiente ad escludere l'evidente influenza che i modelli istituzionali, il linguaggio, l'analisi dei fatti sociali e politici, il particolare rapporto tra diritto e politica, tipici della riflessione teorica e

La presenza culturale di Gneist è dunque manifesta, ma la personalità di Spaventa è ben lontana dal rimanerne schiacciata: la « giustizia nell'amministrazione » nella proposta del grande abruzzese conserva tutta la propria originalità, s'inserisce in un disegno globale che si differenzia nettamente da quello del giurista berlinese.

Si è ormai superata la fase della diffusione delle idee, della recezione pura e semplice: il confronto col modello tedesco si fa serrato, si cala nella vicenda politica italiana, nei problemi dello sviluppo industriale, nell'attualità degli anni '80.

Ne viene così fuori un progetto profondamente inserito nella peculiarità dello Stato unitario, nella tradizione del liberalismo italiano, mentre la letteratura giuridica e le riforme amministrative tedesche rimangono una fonte importante, uno spunto forse decisivo, ma largamente reinterpreted in un disegno che trasmuta le originali linee prussiane in una diversa esperienza politica e giuridica.

La riflessione si snoda tutta in una fitta analisi della vicenda italiana: l'esperimento di alternanza di Destra e Sinistra alla guida del governo, la faticosa « rivoluzione parlamentare », rappresentano ancora il movente principale dell'analisi spaventiana. Il discorso s'inserisce così in una linea ideale, segue valutazioni che Spaventa aveva già fatte sin dal 1877 vagliando *Il primo anno di governo della Sinistra* e che aveva poi approfondito due anni più tardi nel più impegnativo discorso all'Associazione costituzionale romana.

Anche il discorso di Bergamo era il discorso di un uomo politico, pronunciato « in presenza delle elezioni generali »⁽²⁴⁾, di fronte ad una di quelle Associazioni costituzionali nelle quali la Destra cercava di ricostituire i propri consensi: il tono quasi scientifico con il quale si riconosceva che « il problema della giustizia e della legalità nell'amministrazione è il maggiore che s'incontra nei governi parlamentari »⁽²⁵⁾, la ricercata oggettività delle valuta-

giuridica di Gneist ebbero su Spaventa come sull'intero dibattito, senza con ciò sottovalutare i rilevanti ed autonomi contributi dei singoli protagonisti che inserirono il problema del parlamentarismo e delle riforme amministrative nella realtà e nelle prospettive dello Stato unitario.

(24) *Ibid.*, p. 56. Le elezioni si tennero infatti il 16 e il 23 maggio a meno di dieci giorni quindi dal discorso spaventiano.

(25) *Ibid.*, p. 58.

zioni non devono far dimenticare che a Bergamo Spaventa pronunciava una dura requisitoria contro l'operato della Sinistra.

Al tempo stesso si sollevava tuttavia un problema reale, una questione istituzionale effettiva e sulla quale era possibile anche realizzare una convergenza delle forze politiche: la stessa presentazione, a meno di un mese dall'intervento di Spaventa, da parte di Depretis di un disegno di legge sulla riforma delle attribuzioni del Consiglio di Stato dimostrava che anche il Governo, seguendo una linea già propria di altri esponenti della Sinistra, da Crispi a Nicotera, assegnava al tema della giustizia amministrativa un ruolo non secondario nel proprio programma politico⁽²⁶⁾.

E la convergenza era favorita dalla stessa analisi spaventiana pronta a non arrestarsi al semplice elenco degli abusi compiuti dalla Sinistra « per studio di parte » o alla difesa d'ufficio dell'operato della Destra, che nella « dura res et novitas regni »⁽²⁷⁾, nell'eccezionalità del compito della costruzione dello Stato doveva pur avere una attenuante fondamentale, ma anche disponibile ad affrontare un approfondito esame della legislazione amministrativa di unificazione, dell'All. E in particolare.

Non si risparmiavano critiche anche severe alle scelte dell'unificazione: l'abolizione del contenzioso aveva posto fine all'« usurpazione mostruosa » che era stata perpetrata ai danni della magistratura ordinaria, ma aveva anche dimostrato di non aver saputo assicurare la certezza e la legalità del diritto pubblico. L'abolizione

⁽²⁶⁾ Cfr. *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. XIV, 1^a Sessione (1880). Documenti* n. 40: disegno di legge presentato dal ministro dell'interno Depretis nella tornata del 31 maggio 1880 (« Modificazioni alla legge 20 marzo 1865, allegato D, sul Consiglio di Stato »). Il progetto sulla base dell'indirizzo che era stato proprio del disegno di legge presentato da Giovanni Nicotera il 27 marzo 1877, attribuiva al Consiglio di Stato la decisione sulle controversie relative al pubblico impiego e « sulle questioni d'interpretazione e di applicazione dell'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, all. E, sul contenzioso amministrativo, e in generale, sulle questioni di esecuzione dei giudicati a carico delle pubbliche amministrazioni, in relazione a detta legge, nonché alla legge sulla contabilità generale dello Stato 22 aprile 1869, n. 5026 ».

Su questi progetti cfr. le puntuali osservazioni di SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 490 e ss.

⁽²⁷⁾ SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., pp. 62 e 69.

aveva rappresentato una scelta positiva, certamente « liberale », ma insufficiente, incapace di far fronte alle « nuove esigenze della vita costituzionale relativamente al diritto pubblico in un governo di partito »⁽²⁸⁾.

I difficili equilibri tra libertà del cittadino e autonomia della pubblica amministrazione che il legislatore dell'unificazione aveva cercato di fissare nella distinzione tra diritto e interesse, abbandonata poi alle incerte e difficili mediazioni di giurisprudenza e dottrina, non rappresentavano più agli occhi di Spaventa quella solida base giuridica delle istituzioni indispensabile per garantire il rispetto delle regole vitali per una corretta dinamica politica di un governo parlamentare.

Nel 1865, innescando una pericolosa incertezza sul giudice competente a risolvere le controversie tra cittadino e Stato, garantendo alla pubblica amministrazione un'ampia sfera di potere discrezionale, non si era riusciti a creare « un diritto pubblico certo, chiaro, completo »: questo obiettivo, attraverso l'istituzione di una « vera giurisdizione del nostro diritto pubblico », doveva essere ora necessariamente raggiunto. Con risolutezza si sarebbe dovuto completare quell'opera che nel 1865 era stata fatta senza « la coscienza chiara e precisa dello scopo a cui doveva principalmente servire »⁽²⁹⁾.

Giustizia amministrativa e governo parlamentare: tutta l'analisi spaventiana ruotava intorno a questi due temi. Era possibile assicurare la giustizia e la legalità dell'amministrazione in un « governo di partito »? Su questo interrogativo era costruito l'intero discorso⁽³⁰⁾, a questo scopo era indirizzata la ricerca dei possibili

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 78.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 98. Concretamente Spaventa proponeva « una semplice riforma delle attribuzioni e forse della composizione del Consiglio di Stato, nonché delle attribuzioni giurisdizionali e del procedimento delle Deputazioni provinciali, e (al)lo sviluppo delle facoltà giurisdizionali attribuite a parecchie Commissioni e corpi amministrativi, che ora deliberano senza garanzia nessuna di procedimento » (p. 99).

⁽³⁰⁾ Tuttavia già dal 1877 in un appello elettorale *Agli elettori del collegio di Bergamo*, in *La politica della Destra*, cit., p. 480, Spaventa aveva riconosciuto la necessità di « ordinare lo Stato in modo che l'alternarsi dei partiti al governo non metta in pericolo le istituzioni, né pregiudichi i diritti della giustizia e i legittimi interessi ».

« rimedi »: del resto il problema di Rudolf von Gneist non era stato quello di individuare le strutture amministrative in grado di assicurare « die Möglichkeit einer gesetzmässigen Regierung durch Parlamentsparteien und Parteiministerien »⁽³¹⁾?

E Spaventa era ben consapevole che la sua proposta di riformare le attribuzioni del Consiglio di Stato, il suo progetto di « giustizia nell'amministrazione » erano funzionali a « quello che i tedeschi chiamano Rechtsstaat », ad un disegno che aveva rappresentato oltralpe il tentativo di ristabilire a favore dell'amministrazione un equilibrio costituzionale compromesso, forse anche una prudente apertura verso il sistema parlamentare, ma solo attraverso un profondo rafforzamento di quel tessuto amministrativo che avrebbe dovuto costituire la vera garanzia della perfetta armonia delle istituzioni col corpo sociale⁽³²⁾.

Bastano tuttavia poche frasi, anche se di grande rilievo, per prendere le distanze dagli aspetti più anacronistici del progetto di Gneist, per minare alla base la linearità del disegno: conosciamo lo sforzo teorico con il quale il giurista berlinese aveva tentato di saldare giustizia amministrativa e decentramento per funzionari onorari, d'impiantare funzioni giurisdizionali su quel personale di estrazione non burocratica in grado per la propria rappresentatività sociale di riunificare alla base le tensioni tra Stato e società.

Nessuna nostalgia per l'« organicità » di queste istituzioni troveremo in Silvio Spaventa: giustizia amministrativa e *self-government* diventano proposte autonome, distinte, due « rimedi » la cui validità può costituire oggetto di discussione in una riflessione che ha lo scopo d'individuare le riforme da opporre al dilagante parlamentarismo, ma su di essi la valutazione non può che essere profondamente e sostanzialmente diversa.

(31) GNEIST, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, cit., p. 516.

(32) Il movimento per la « giustizia nell'amministrazione » è « principalmente notevole in Germania » (p. 95). « I tedeschi attribuiscono a queste riforme una importanza capitale per l'avvenire delle loro istituzioni politiche, come quelle che sono destinate ad assicurare lo sviluppo del governo parlamentare dalla degenerazione di cui è minacciato, se non si riesce a garantire sufficientemente la giustizia nell'amministrazione » (SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 97).

Prendendo le distanze dal *selfgovernment* Spaventa non riconferma soltanto la sua fiducia nell'accentramento⁽³³⁾, in un ordinamento amministrativo saldamente centralizzato capace di riunificare attraverso la tutela e il controllo le larvate autonomie concesse ai corpi locali, ma riesce a valutare con grande senso della realtà il notevole anacronismo di un modello di amministrazione irrimediabilmente consegnato al passato.

Il problema non era nemmeno più quello già rilevato da Costantino Baer in quel primo confronto che la letteratura politica italiana aveva fatto con l'opera di Gneist: non si trattava soltanto della difficoltà di rintracciare in Italia una *middle class* che sul modello della *gentry* inglese avrebbe potuto godere di quel prestigio sociale, di quella rappresentatività non ottenuta attraverso la designazione elettorale indispensabile per svolgere funzioni amministrative così delicate, ma di una profonda modificazione della composizione e dell'assetto della proprietà: « né oggi la proprietà

(33) Già nella valutazione complessiva della politica della Destra contenuta nel discorso all'Associazione costituzionale romana, Spaventa aveva confermato la propria ostilità nei confronti di tentativi decentratori esprimendo un giudizio negativo su quel « progetto delle regioni, caldeggiato da alcuni amici nostri, nel quale la stessa unità politica della nazione rischiava di venir su con una complessione debole ed insufficiente » (SPAVENTA, *La politica e l'amministrazione della Destra*, cit., pp. 35-6). Si faceva riferimento, come è noto, ai progetti presentati da Marco Minghetti alla Camera il 13 marzo 1861 e presto affossati dalla volontà di realizzare una rapida ed effettiva unificazione del paese e dalla forte opposizione antiregionalista presente all'interno dello stesso gruppo moderato e per i quali rimandiamo a RAGIONIERI, *Politica e amministrazione nello Stato unitario*, in *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, cit., pp. 71 e ss. Lo stesso discorso di Bergamo, del resto, non rivela alcuna disponibilità di Spaventa a confrontarsi direttamente, oltre i vetusti modelli di Gneist, con le riforme che nella prospettiva di un decentramento democratico (cfr. *retro* nota 34 cap. 2°/1^a pt.) si andavano realizzando nell'Inghilterra della seconda metà dell'800.

Sulla posizione fortemente accentratrice di Spaventa, cfr. GHISALBERTI, *Silvio Spaventa teorico dello Stato liberale*, cit., pp. 278 e ss., all'interno tuttavia di una visione quasi apologetica del modello accentratore. Sull'interpretazione delle esigenze della unificazione, particolarmente vive nella debole struttura sociale meridionale, che fu tipica della dottrina dello Stato del gruppo hegeliano napoletano, cfr. invece CARACCILO, *Le istituzioni del nuovo Stato nelle dimensioni mondiali*, Milano, 1966, pp. 45 e ss.

stabile è più il centro di gravità delle influenze sociali, bensì la proprietà mobile; e questa è di tutte la meno disposta ad assumere uffici che non si confanno con gli scopi speciali, nei quali ha bisogno che sia dedicata l'attività sua » (34).

Il declino della « proprietà stabile » per la grande espansione del capitale industriale e finanziario aveva determinato così anche la scomparsa di una classe di proprietari che potesse godere, in forza soltanto della propria posizione sociale, della capacità di rappresentare l'intero tessuto locale. Siamo di fronte ad una valutazione realistica delle condizioni della società italiana, ma che era anche in grado di spiegare — ma a questo, almeno esplicitamente, le riflessioni di Spaventa non arrivavano — lo stesso declino che l'istituto del giudice di pace stava vivendo in Gran Bretagna corrispondentemente alla prevalenza che il sistema dell'elezione andava acquistando su quello della nomina e all'istituzione di nuovi organi burocratici necessari per soddisfare le esigenze della legislazione sociale e dell'organizzazione economica.

Il rifiuto del *selfgovernment* s'inseriva in un modello amministrativo disponibile ad interpretare i bisogni dello sviluppo industriale: la motivazione del rifiuto trovava la propria base nelle stesse argomentazioni che avevano portato Spaventa ad escludere la possibilità di una diminuzione dei compiti dello Stato. Non era possibile contrastare l'ormai dominante « tendenza dei governi e dell'amministrazione degli Stati moderni » ad estendere le proprie funzioni e i propri compiti e servizi, indispensabili per far fronte alle nuove domande di uguaglianza sociale e di progresso economico: « la cognizione stessa, tutta moderna, delle leggi economiche » (35) aveva assegnato all'amministrazione un ruolo decisivo

(34) SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., pp. 67-8.

(35) *Ibid.*, pp. 65 e 66. Del resto anche alle pp. 80-81 il riconoscimento tutto giuridico dell'esistenza di ampi spazi privi di tutela nel sistema di giurisdizione unica non nasconde una forte consapevolezza delle esigenze dello sviluppo economico e industriale: « la materia degli stabilimenti industriali, creduti insalubri o incomodi o pericolosi, è oggi di una importanza così capitale che non si sa intendere come i gravissimi interessi, che vi si possono trovare implicati, siano lasciati così assolutamente all'arbitrio ministeriale. Si direbbe quasi che l'Italia è una società fuori del mondo industriale moderno... ». (Sugli aspetti tecnici del riparto vedi *retro* nota 67 cap. 1°/1^a pt.).

ed insostituibile, ne aveva rilegittimato il primato in funzione dei nuovi compiti dello Stato, costretto ad abbandonare i principi del *laissez faire* per intervenire direttamente tra le maglie del tessuto economico ⁽³⁶⁾.

Non è tuttavia soltanto dalla riscontrata inapplicabilità del modello del funzionario onorario alle istituzioni italiane che si può misurare la distanza che Spaventa poneva tra la sua analisi e le fonti tedesche: le stesse riforme amministrative prussiane avevano del resto accolto solo in parte le proposte di Gneist e l'*Oberverwaltungsgericht*, vero « Schlusstein » dei controlli giuridici sull'attività amministrativa, era alla fine risultato composto di soli funzionari burocratici ⁽³⁷⁾.

In una particolare combinazione tra fedeltà al modello parlamentare e riconosciuta necessità di un più solido primato dell'amministrazione si stava delineando il principale elemento distintivo

⁽³⁶⁾ Concetti molto chiari sul passaggio dal liberalismo all'interventismo in seguito al quale è proprio « a partire dagli anni '80, direttamente o indirettamente, è l'economia che, in ultima analisi, finiva col dirigere lo Stato », in L. FEBVRE, *De l'Etat historique à l'Etat vivant*, in *Encyclopédie Française*, Paris, 1935, tome X, trad. ital. *Dallo Stato storico allo Stato vivente*, in *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, cit., pp. 80-1.

Il grande realismo del disegno istituzionale che emerge dal discorso di Bergamo non deve tuttavia far pensare che Spaventa « i cui studi erano piuttosto di giurista del diritto pubblico che non di economista e sociologo » (CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, cit., p. 73) possa essere considerato uno dei fondatori dell'ideologia industriale in Italia: si consideri infatti che su di un tema che poneva in primo piano il ruolo dello Stato nell'economia, quell'esercizio statale delle ferrovie sul quale era caduta la Destra, le argomentazioni spaventiane erano ancora in larga parte condizionate dalla polemica spesso moralistica contro la « mostruosità » delle anonime, cioè contro il sistema più moderno di organizzazione del capitale. (Su questo punto cfr. ROMANELLI, *L'Italia liberale*, cit., pp. 192-200).

Accentuano invece il carattere « industriale » della riflessione spaventiana MOZZARELLI-NESPOR, *Il personale e le strutture amministrative*, in *Storia della società italiana dall'Unità ad oggi*, vol. IX, *L'amministrazione centrale*, a cura di S. Cassese, Torino, 1984, p. 200.

⁽³⁷⁾ Sulla composizione dell'*Oberverwaltungsgericht* cfr. STUMP, *Preussische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 107 e ss.. Sul problema della composizione del tribunale amministrativo supremo si ricordino tuttavia (retro nota 49 cap. 2°/1^a pt.) le cautele dello stesso Gneist.

che il progetto di Silvio Spaventa poteva vantare nei confronti dell'originale modello tedesco.

L'innegabile statalismo di Spaventa⁽³⁸⁾, frutto di un profondo ripensamento che aveva adattato matrici teoriche di origine hegeliana alla concreta vita politica di uno Stato liberale dell'ottocento⁽³⁹⁾, non era infatti disponibile ad inserire quei progetti di riforma, che assicurassero all'azione amministrativa maggiore trasparenza ed imparzialità, ma anche maggiore autorità ed incisività⁽⁴⁰⁾, in un disegno costituzionale che spostasse decisamente a favore dell'amministrazione gli equilibri tra i poteri e le istituzioni⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Lo Stato « è la coscienza direttiva, per cui una nazione sa di essere guidata nelle sue vie, la società si sente sicura nelle sue istituzioni, i cittadini si veggono tutelati negli averi e nelle persone », « non si restringe solamente a distribuire la giustizia ed a difendere la società, ma vuole dirigerla per quelle vie, che conducono ai fini più alti dell'umanità ». Si tratta di passi famosissimi che citiamo da SPAVENTA, *Le ferrovie e lo Stato*, discorso pronunciato alla Camera dei deputati nelle tornate del 23 e 24 giugno 1876, in *La politica della Destra*, cit., pp. 226-7.

⁽³⁹⁾ Sui ripensamenti hegeliani di Silvio Spaventa alla luce delle esigenze di una società liberale e di uno Stato di « foggia non prussiana » cfr. P. PIOVANI, *Il pensiero idealistico*, in *Storia d'Italia, I documenti*, vol. V, tomo 2°, Torino, 1973, pp. 1557-8. La capacità di Silvio di tradurre elementi puramente concettuali in una politica concreta ed effettiva dell'amministrazione era già avvertita da G. CAPOGRASSI, *Il ritorno di Silvio Spaventa*, in *Rassegna contemporanea*, 10 ottobre 1914, ora in Id., *Opere*, vol. VI, Milano, 1959, p. 12: « i sognatori eroici divengono contabili e giuristi, amministratori e finanzieri. Io confesso che non vi ha cosa che più mi stupisca di questa grande e strana generazione, che pensare a Silvio Spaventa, e leggere dopo una lettera hegeliana ed affcata dell'ergastolano di Santo Stefano, un discorso severamente tecnico del ministro dei Lavori pubblici del Regno d'Italia ».

⁽⁴⁰⁾ SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 105: « non è già per indebolire l'autorità dello Stato che io propongo di sottoporre tutte le pubbliche amministrazioni ai freni più severi della giustizia, ma bensì con lo scopo di accrescerla, impedendo che si corrompano le nostre istituzioni, nelle quali solamente il popolo italiano, colla libertà può raggiungere il suo maggiore benessere ».

⁽⁴¹⁾ La teoria ed il progetto politico di Silvio Spaventa sono stati frequentemente oggetto di interpretazioni e di valutazioni fortemente differenziate: già Croce (nella prefazione a SPAVENTA, *Lettere politiche (1861-1893)*,

A meno di due anni di distanza dal discorso sulla *Giustizia nell'amministrazione*, in un altro discorso che Spaventa, sempre a Bergamo, si proponeva di tenere per commentare gli effetti determinati dalla « nuova legge » elettorale, l'analisi delle degenerazioni della vita parlamentare, la critica alle ingerenze politiche nell'amministrazione, s'inseriscono esplicitamente in un progetto che nel bipartitismo, nella distinzione e nella dialettica tra i partiti

cit., pp. 5-6) contestava al « partito ora dominante » — scriveva nel giugno del 1925 — la pretesa di individuare in Spaventa una sorta di progenitore intellettuale del fascismo, riconfermando che Silvio « non fu e non volle essere e non pensò mai di essere se non un militante del partito liberale moderato, fondato dal Cavour » ed « un leale osservatore del governo parlamentare ».

Se Paolo Alatri (nell'*Introduzione* a SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, p. 13) coglieva la compresenza di aspetti progressivi e conservatori nel pensiero dell'uomo politico abruzzese, riconoscendo in lui « il vero teorico del partito moderato, il vero teorico dello Stato liberale in Italia », più recentemente e quasi contemporaneamente si sono avuti due profili spaventiani fortemente confliggenti. Pensiamo a CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., pp. 15 e ss., che in Spaventa ha visto il principale rappresentante di una svolta autoritaria e statalista da collocare appunto negli anni '80 (« la supremazia della legge è affermata da un antidemocratico, l'imparzialità per motivi partigiani, la legalità amministrativa perché venisse riconosciuta una voce all'organo politico nel quale il passaggio all'opposizione aveva costretto la Destra e Spaventa » - p. 20) continuata poi nel campo del diritto pubblico dalla scuola orlandiana del metodo giuridico; ed a GHISALBERTI, *Silvio Spaventa teorico dello Stato liberale*, cit., p. 249 che in Spaventa individua « la più completa teoresi del liberalismo risorgimentale, i presupposti e le basi di un suo allargamento e di una sua evoluzione in senso chiaramente democratico ».

Una tale radicalizzazione interpretativa ha finito così per non cogliere quell'ansia per un rafforzamento dello Stato e dell'amministrazione ed al tempo stesso quella fedeltà ad un sistema politico certamente oligarchico, ma indubbiamente parlamentare rappresentativo, che furono tipiche non solo di Spaventa, ma di buona parte di un dibattito che, partito da un esame delle disfunzioni istituzionali, proprio in relazione ad una maggiore o minore consapevolezza della crisi dello Stato liberale veniva configurando progetti politici alternativi. Il carattere sicuramente « moderato » del progetto spaventiano, se non può esprimere prospettive ed aperture chiaramente democratiche, non può tuttavia neanche manifestare una volontà politica di involuzione autoritaria del modello liberale.

politici riconosce ancora la garanzia essenziale di un corretto e vitale governo parlamentare ⁽⁴²⁾.

Ricompare l'anglofilia tradizionale del liberalismo italiano, la distinzione tra conservatori e progressisti su cui già Stefano Jacini aveva costruito gran parte delle proprie riflessioni, il rimpianto per il contrasto insanabile tra « sentimento religioso » e Stato unitario che rende « in Italia più che altrove ... difficile se non impossibile la costituzione di un partito conservatore dello Stato istesso » ⁽⁴³⁾.

La consapevolezza dei nuovi compiti dello Stato, della rinnovata centralità dell'amministrazione negli equilibri istituzionali, la suggestione di un modello di Stato fortemente condizionato dalla dimensione giuridica, l'ansia per una superiore « organicità » delle istituzioni che garantisse alle essenziali funzioni statuali l'isolamento dai conflitti e dalle tensioni sociali, segnano tutto il progetto spaventiano della « giustizia nell'amministrazione », ma non si traducono mai in un modello che sostituisca strutture autoritarie alla dialettica dei partiti o ridimensioni il ruolo del Parlamento: insostituibile e fondamentale rimane la lezione del moderatismo cavouriano, mentre la forma di governo saldamente incentrata su di un ordinamento parlamentare rappresentativo non può non costituire agli occhi di Spaventa un elemento irreversibile della costituzione materiale dello Stato unitario.

L'originale disegno di Gneist risulta così trasfigurato in un nuovo e diverso tentativo di mediazione tra libertà e autorità, tra esigenze dell'amministrazione e funzioni della rappresentanza elettiva, in un progetto che, calatosi nella vicenda politica italiana, nella dilagante degenerazione trasformistica chiedeva alle riforme amministrative, all'accresciuto ruolo dello Stato di consolidare le basi di una minacciata società liberale.

⁽⁴²⁾ SPAVENTA, *L'allargamento del suffragio e i partiti politici*, in *La politica della Destra*, cit., pp. 467-475 (il frammento era stato pubblicato da Raffaello Ricci, *Uno scritto inedito di Silvio Spaventa*, nei *Rendiconti* della Regia Accademia di scienze morali e politiche di Napoli, gennaio-febbraio 1899). Sul discorso, nel quale si valutavano le conseguenze del limitato allargamento del suffragio realizzato nel 1882 — la « nuova legge non deve sgomentarci, anzi può essere benefica per l'avvenire delle nostre istituzioni » (p. 467) — cfr. le osservazioni talvolta troppo benevole di GHISALBERTI, *Silvio Spaventa teorico dello Stato liberale*, cit., pp. 287 e ss.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 472.

2. *Verso lo « Stato giuridico »: i « rimedi » al « governo di partito ».*

Il messaggio di Silvio Spaventa non era destinato a cadere nel vuoto: a poco più di venti giorni di distanza dal discorso di Bergamo, già una rivista prestigiosa e influente, la *Rassegna settimanale* ⁽⁴⁴⁾, avallava la proposta spaventiana con un articolo anonimo in cui « germanismo amministrativo » e coscienza della necessità delle riforme si fondevano in una analisi accurata dei rapporti tra « parlamentarismo » e amministrazione ⁽⁴⁵⁾.

Più che per l'originalità delle riflessioni e delle proposte l'articolo si distingueva per la sintesi di tematiche e di modelli interpretativi diffusi, ormai quasi tradizionali, che era in grado di offrire: la proposta di un assetto delle istituzioni rispondente agli assiomi del *Rechtsstaat* — « uopo è avere una legislazione sviluppata del diritto amministrativo, con un organismo di giurisdizioni amministrative, e con sanzioni certe della responsabilità degli agenti dell'amministrazione » ⁽⁴⁶⁾ — emergeva dalla combinazione consueta tra suggestioni per il modello inglese, preoccupazioni per il « governo di partito » e per un « parlamentarismo » innestatosi « sopra l'albero antico dell'amministrazione dei governi assoluti », tra la consapevolezza dello sviluppo delle funzioni amministrative e l'aspirazione ad una completa giuridicizzazione dell'attività amministrativa.

L'articolo rappresentava essenzialmente una conferma della centralità che la questione amministrativa stava conquistandosi nel dibattito politico degli anni '80, della comune attenzione verso gli istituti di giustizia amministrativa unanimemente riconosciuti « tra i più importanti complementi del governo parlamentare, le cui mol-

⁽⁴⁴⁾ Sulla *Rassegna settimanale di politica, scienze, lettere ed arti*, pubblicata dal 1878 al 1882 e diretta da Sidney Sonnino e da Leopoldo Franchetti con la collaborazione di Pasquale Villari, sempre al centro dei dibattiti sulla questione sociale, ma anche di quelli istituzionali cfr. VILLARI, *Conservatori e democratici nell'Italia liberale*, cit., pp. 43 e ss.

⁽⁴⁵⁾ *Il parlamentarismo e l'amministrazione*, cit., pp. 367-8: « ed è sopra tutto confortante per noi l'aver visto in questi giorni autorevolmente formulato il gravissimo problema innanzi alle classi politiche e dirigenti del nostro paese ».

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 367.

teplici imperfezioni, in ispecie nell'ordinamento amministrativo, sono ogni giorno più vivamente avvertite »⁽⁴⁷⁾.

Il dibattito infatti si estendeva, spinto dalle sempre più frequenti preoccupazioni per il « governo di partito » — « il principale pericolo, quello che minaccia sempre gli Stati del Continente »⁽⁴⁸⁾ — a ridisegnare un progetto costituzionale e amministrativo che potesse far fronte alla crescente crisi politica e istituzionale in cui si vedeva precipitare lo Stato liberale.

È ancora una volta Giorgio Arcoleo ad interpretare paure diffuse per la stabilità delle strutture statuali, a riproporre un modello che, filtrando le profonde suggestioni suscitate dall'idea di *Rechtsstaat*, offrisse un più corretto equilibrio tra i poteri dello Stato, rispettoso tuttavia delle peculiarità della vicenda costituzionale italiana.

La ripresa di problematiche già sviluppate a Bergamo da Silvio Spaventa — « come accordare un Governo secondo la legge con un Governo secondo i partiti? »⁽⁴⁹⁾ — s'innesta in un tentativo che, coniugando analisi politica e progetto giuridico, possa risolvere il grande problema costituzionale dell'assetto del governo nel sistema parlamentare rappresentativo, riequilibrare il rapporto tra istanza politica e regolamentazione giuridica, tra partiti e amministrazione⁽⁵⁰⁾.

La preoccupata constatazione secondo la quale nell'Europa continentale è prevalsa « una tendenza a confondere il Governo con l'Amministrazione »⁽⁵¹⁾ spinge a riscoprire l'intangibilità delle

⁽⁴⁷⁾ SALANDRA, *La giurisdizione amministrativa in Prussia*, in *Rassegna settimanale*, vol. 6^o, n. 155, 19 dicembre 1880, p. 395, sui cui GHERARDI, *Sul « Methodenstreit » nell'età della Sinistra*, cit., p. 100.

⁽⁴⁸⁾ ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari (Parte generale)*, Napoli, 1881, p. 33.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 217: « senza la prima attinenza mancherebbe la tutela dei diritti; senza la seconda mancherebbe la guarentigia delle forme parlamentari ».

⁽⁵⁰⁾ Buone osservazioni sulle spinte contrapposte verso l'« autonomia del politico » e verso la « limitazione del politico » in RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla I guerra mondiale*, cit., pp. 485-506.

⁽⁵¹⁾ Già SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 59 ponendosi il problema del « governo di partito » aveva detto: « la soluzione sta nel fare un'essenziale distinzione fra governo e amministrazione ».

funzioni giuridiche, a ricercare una rinnovata stabilità del polo istituzionale: « la Scienza deve preoccuparsi dell'instabilità continua delle istituzioni, della mancanza di senso giuridico nella vita pubblica, del pericolo che la Politica uccida il Diritto » (52).

Su questa analisi, allarmata per le degenerazioni parlamentari, il modello inglese incombeva nella sua riconosciuta positività: siamo di fronte a pagine che hanno profondamente assorbito la lezione di Gneist, a pagine in cui la critica agli « errori della Scuola rivoluzionaria » trova il proprio immediato referente nella idealizzazione di un modello che è riuscito a compenetrare perfettamente costituzione e amministrazione, realizzando, attraverso il *selfgovernment*, « l'unione organica di Stato e società » (53).

Il modello inglese tuttavia non esprime soltanto un ordinamento capace di preservare l'attività amministrativa dalle nefaste influenze dei partiti, ma rappresenta anche il prototipo di una perfetta soluzione istituzionale alla necessaria espressione del « politico »: come già in Spaventa anche in Arcoleo l'aspirazione ad un'amministrazione completamente risolta nella dimensione giuridica — « una specie di magistratura che tuteli i grandi interessi dello Stato » (54) — se si traduce nella ricerca di quelle riforme che, dalla giurisdizione amministrativa ad un rigoroso sistema di responsabilità dei funzionari, garantiscano alle relazioni tra Stato e cittadino la solida base del rapporto giuridico (55), non si risolve

(52) ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 217.

(53) Ci riferiamo al paragrafo *Errori della scuola rivoluzionaria; contraddizione di un Governo, creato dalla maggioranza, ed arbitro della Burocrazia, dell'Esercito, della Polizia* (pp. 5 e ss.), ispirato espressamente al capitolo di GNEIST, *Der Rechtsstaat*, trad. ital., *Lo Stato secondo il diritto*, cit., pp. 127 e ss. *La negazione del governo giuridico nello Stato francese*, ed al paragrafo *Organismo dell'amministrazione in Inghilterra* (pp. 137 e ss.) nel quale si precisa il carattere del *selfgovernment* prima « tanto calunniato nelle citazioni e declamazioni del continente, che si tenne sinonimo di un decentramento, qual sottrazione ai poteri dello Stato perché non sapea concepirsi la società che come antitesi allo Stato » (p. 138).

(54) *Ibid.*, p. 140.

(55) « Nello Stato odierno, simultaneo allo sviluppo del Governo di partito è quello delle funzioni dell'Amministrazione, sia centrale che locale »: il rimedio si è cercato nei meccanismi elettorali, « invece la vera garanzia sta nel creare un'Amministrazione costituita in modo che la

però in un modello pronto ad identificare immediatamente nelle strutture amministrative il nucleo essenziale dello Stato.

Il Gabinetto inglese ottiene in queste pagine di Arcoleo i riconoscimenti più ampi proprio perché rappresenta un'istituzione che agli occhi del costituzionalista è in grado di offrire una mediazione perfetta tra politica e diritto. Non è un caso che il riconoscimento che in Inghilterra lo sviluppo costituzionale ha prodotto un « Gabinetto fondato sulla legge », determini anche una sostanziale differenziazione dalle ricostruzioni che Gneist aveva sviluppato del sistema inglese: se nel giurista berlinese il Gabinetto rimane istituto di puro fatto, privo di qualsiasi valore giuridico e tutto il merito della stabilità e della continuità delle istituzioni va pertanto attribuito all'ordinamento dell'amministrazione, nella riflessione italiana l'Inghilterra rimane la patria del sistema costituzionale per eccellenza anche e soprattutto perché lì e non altrove si è realizzato con maggiore purezza il governo parlamentare ⁽⁵⁶⁾.

In Arcoleo troviamo ingegnerie costituzionali che sono certamente espressione di un moderatismo preoccupato degli eccessi del « liberalismo radicale » ed alla ricerca di una tranquillizzante sta-

legge garantisca i cittadini in tutti i rapporti con la medesima » (*ibid.*, p. 143).

⁽⁵⁶⁾ « Potrebbe dirsi che dalla lunga evoluzione della libertà in Inghilterra è nato, come ultimo termine, un Gabinetto fondato sulla legge: e dalla incomposta fermentazione dei vari elementi dell'assolutismo, non interamente trasformati dalla Rivoluzione, n'è venuto nel Continente un Ministero fondato esclusivamente sui partiti » (*ibid.*, p. 57). Si tratta di osservazioni importanti e sostanzialmente differenziate da quelle di GNEIST, *Der Rechtsstaat*, trad. ital. *Lo Stato secondo il diritto*, cit., pp. 34 e ss., che esclusivamente alle strutture del *selfgovernment* e della giustizia amministrativa attribuiva il merito di aver introdotto in Inghilterra il « governo giuridico » e destinate fra l'altro ad importanti approfondimenti nella scienza giuridica italiana. Cfr. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, vol. XXXVI (1886), ora in *Id.*, *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 350 e 406: in Gneist « il Gabinetto, base ed essenza della forma parlamentare è uno *Stato di fatto* artificiosamente creato dal prepotere delle forze popolari », una « forma disadatta ad attuare lo *Stato di diritto* »: « la gravità di tale conclusione non è chi non veggia, poiché con ciò si viene a negare che quella forma di governo sia *naturale*, e, in tal caso, come va che in essa le società odierne si sono adagate e vi durano? ».

bilità delle istituzioni, ma, come già nel volume su *Il bilancio dello Stato*, nessun progetto di revisionismo costituzionale.

Il ruolo del Parlamento non ne esce ridimensionato, anche se alla « prerogativa del Capo dello Stato » si chiede di assicurare la garanzia finale della giuridicità del Gabinetto⁽⁵⁷⁾: lo dimostra la strenua rivendicazione alle Camere del potere di organizzazione dei dicasteri, frutto — ed anche in questo caso la vicinanza alle posizioni di Spaventa è sensibile — di un progressivo ampliamento della funzione della legge a detrimento di quella del decreto⁽⁵⁸⁾, così come lo dimostra il fatto che accanto alla dimensione giuridica — « la quale riguarda le esigenze assolute dello Stato e che serve allo sviluppo ordinario delle leggi amministrative e costituzionali » — il governo esprime anche un'imprescindibile dimensione politica che si esplica nella determinazione delle scelte connesse « alle aspirazioni e ai bisogni del paese », determinazione che non può che essere « subordinata alle decisioni della maggioranza »⁽⁵⁹⁾.

Ed è così proprio il Gabinetto, espressione ad un tempo dell'immutabilità del giuridico, della continuità delle istituzioni e della

(57) ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., pp. 145 e ss. Lo stesso concetto verrà espresso da ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 410, secondo il quale la « regia prerogativa » completa la nozione del Gabinetto e « mentre la sola origine parlamentare non ne farebbe che un *governo di partito*, la derivazione dal regio potere ne fa un *governo giuridico* ».

(58) *Ibid.*, pp. 129 e ss.. Come sappiamo Spaventa aveva difeso la titolarità del Parlamento nell'organizzazione dei dicasteri in *La ricostituzione del ministero di agricoltura industria e commercio*, cit.

(59) *Ibid.*, pp. 73-4. Nello stesso senso L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, vol. 2°, Firenze, 1884 (3ª ed. - 1ª ed. 1877-8), p. 523, per il quale il modello del *Rechtsstaat* « non può voler dire uno Stato che custodisce semplicemente il diritto... Questo sarebbe troppo, il puro diritto non può bastare alla vita organica dello Stato, né sopprimere affatto la politica e l'azione dei partiti e del Governo che deve essere nella sfera del diritto, ma non può non animare e sviluppare il diritto stesso; significa piuttosto uno Stato i cui poteri politici sieno temperati e mantenuti nella cerchia di azione tracciata loro dal diritto e che i diritti di ognuno abbiano nell'organismo politico, giudiziario dello Stato un'adatta garanzia ». Sul costituzionalista Luigi Palma basti qui rinviare a M. GALIZIA, *Diritto costituzionale. Profili storici*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 965.

mutevolezza dell'indirizzo politico, che rimane ad esprimere, attraverso un più corretto rapporto con l'amministrazione da una parte e col Parlamento dall'altra, l'anello di congiunzione tra Stato e società, tra strutture istituzionali e rappresentanza politica.

Alle riforme amministrative non si chiede pertanto di costituire delle alternative alla rappresentanza parlamentare, ma di fornire la garanzia essenziale della giuridicità delle funzioni « assolute » dello Stato, di isolare dal conflitto politico il nucleo intangibile delle istituzioni: come la titolarità del Parlamento nell'esercizio della funzione di organizzazione deve rappresentare la condizione ineliminabile per una completa legalità dell'ordinamento della pubblica amministrazione, così la giustizia amministrativa deve assicurare quella stessa legalità nell'azione amministrativa, nella « sfera della libertà », garantendo ad ogni cittadino « una guarentigia ed una giurisdizione nei rapporti verso lo Stato »⁽⁶⁰⁾.

Ed intorno alle riforme amministrative, alla grande problematica dei « rimedi », il dibattito si diffondeva, infoltendosi continuamente di nuove analisi e di nuovi interventi: il lamento anche moralistico contro le « ingerenze » dei partiti politici nel « santuario della giustizia » e nei « dicasteri amministrativi » aveva dato vita ad un vero e proprio genere di letteratura politica che nella deprecazione delle disfunzioni parlamentari e nella parallela ricerca delle riforme istituzionali, interpretando una diffusa coiné culturale e giuridica, identificava i propri elementi distintivi.

Non mancavano tuttavia analisi originali e progetti istituzionali più complessi: la pubblicazione a breve distanza da *Il Gabinetto* di Arcoleo di un denso volume di Marco Minghetti dimostrava che il dibattito incontrava ancora protagonisti di notevole caratura culturale e politica⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 136.

⁽⁶¹⁾ MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, cit.. La lunga introduzione (pp. 7-56) dà conto delle origini del volume, delle polemiche seguite al discorso pronunciato da Minghetti a Napoli l'8 gennaio 1880 (richiamato proprio all'inizio del discorso di Bergamo anche da Silvio Spaventa — *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 55), delle accuse di offesa alle prerogative del Parlamento rivoltegli in quella occasione: proprio a queste critiche *I partiti politici* volevano dar risposta e costituire al tempo stesso un approfondimento con-

Il volume sin dal titolo rivelava in modo inequivoco che anche per Minghetti il problema istituzionale fondamentale delle « costituzioni moderne » doveva essere individuato nella ricerca di quegli strumenti giuridici che potessero « *assicurare la imparzialità nella giustizia e nell'amministrazione sotto un governo di partito* »⁽⁶²⁾: si svolgevano così riflessioni abbastanza consuete intorno alle degenerazioni del sistema parlamentare, si elencavano gli abusi perpetrati contro la legalità amministrativa, si studiavano i « rimedi » da opporre al crescente degrado delle istituzioni, nella consapevolezza tuttavia che alla forma di governo parlamentare rappresentativo non era possibile rinunciare, che essa costituiva ancora la soluzione più rispondente « alle esigenze della società moderna »⁽⁶³⁾.

Così l'esame preoccupato delle « ingerenze » dei partiti nel tessuto istituzionale non si traduceva nel rifiuto puro e semplice del partito, ma in una comparazione di pregi e difetti pronta però

cettuale delle tematiche collegate alle disfunzioni del sistema parlamentare; già programmaticamente quindi il volume s'inseriva ben all'interno del dibattito istituzionale in corso.

Per un'accurata ricostruzione della vita e delle opere di Marco Minghetti cfr. MINGHETTI, *Bio-bibliografia*, a cura di R. Gherardi, Bologna, 1977. I partiti politici rappresentavano infatti il coronamento di una intensa attività pubblicistica che in *Della economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto*, Firenze, 1859 (ristampata nel 1868 e nel 1881) ed in *Stato e Chiesa*, Milano, 1878 aveva avuto le esplicazioni più rilevanti. Giusta quindi l'osservazione di ORLANDO, *Il nuovo libro di Marco Minghetti*, in *Rivista europea*, XIII (1882), vol. XXVII, I, p. 81, secondo il quale Minghetti « è l'unico in Italia che splendidamente rappresenti quella scuola di pubblicisti inglesi nei quali si fondono, si contemperano e vicendevolmente si completano l'uomo di Stato e lo scrittore, la pratica della cosa pubblica e la nozione scientifica di essa ».

⁽⁶²⁾ MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., p. 2.

⁽⁶³⁾ Si vedano specialmente il capitolo secondo *Di altri mali conseguenti dal governo di partito. Sue indebite ingerenze nella giustizia e nell'amministrazione* (*ibid.*, pp. 85 e ss.) ed il capitolo quarto *Dei rimedi* (pp. 223 e ss.), quest'ultimo in particolare molto significativo per l'esame del progetto istituzionale minghettiano. Il passo citato nel testo è a p. 184; su di esso si possono vedere le osservazioni di GHERARDI, « *Rivoluzioni* », « *profezie politiche* » e « *forme di governo* » in *alcuni frammenti inediti (1853-1856) di Marco Minghetti*, in *Il pensiero politico*, XVI (1983), 2, p. 245.

a riconoscere in questa forma associativa un elemento essenziale di raccordo tra Stato e società, una pedina insostituibile della stessa dialettica parlamentare⁽⁶⁴⁾.

L'attenzione prevalente finiva quindi per concentrarsi sullo studio delle riforme amministrative che, in un quadro costituzionale volutamente immutato, avrebbero garantito alle istituzioni un sicuro recupero di « giuridicità » e di conseguenza di stabilità e compattezza.

Su questo piano le riflessioni minghettiane si sviluppavano tutte in una fitta dialettica con le proposte di Silvio Spaventa a conferma dell'esistenza di un sostanziale collegamento con le tematiche affrontate nel discorso di Bergamo⁽⁶⁵⁾, ma anche di una non indifferente diversità di valutazioni e di soluzioni concrete che al problema comune della pericolosa instabilità del « governo di partito » i due statisti intendevano offrire.

Se era particolarmente significativo che a riconoscere le insufficienze della normativa del 1865 fosse lo stesso « ministro proponente » di quel disegno di legge di abolizione del contenzioso poi definitivamente sanzionato con l'All. E⁽⁶⁶⁾, non per questo l'approdo alla proposta di istituire organi appositi di giustizia amministrativa seguiva lo stesso itinerario spaventiano.

La peculiarità della riflessione di Minghetti non consisteva tanto nel fatto che la sua proposta di istituire un « tribunale am-

⁽⁶⁴⁾ A questa disamina è dedicato il capitolo primo *Del governo parlamentare come governo di partito. Dei pregi e dei difetti che gli sono inerenti* (pp. 59 e ss.). La divisione dei partiti tipica del modello inglese non era del resto « la tessera che ci conduce attraverso la storia di quella grande nazione »? (p. 69).

⁽⁶⁵⁾ Il collegamento con le tematiche spaventiane è riconosciuto dallo stesso Minghetti (*ibid.*, p. 148): « che se le mie prime affermazioni di Napoli porsero a lui occasione di esporre quelle idee (*retro* nota n. 61), io posso rallegrarmi di avervi dato impulso, e debbo dire a mia volta che il suo discorso di Bergamo fu per me incitamento e conforto a scrivere questo libro ».

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 272. Come si ricorderà (*retro* cap. 1°/1^a pt. note n. 7 e 26) Marco Minghetti come ministro degli interni aveva presentato alla Camera il 27 aprile 1861 il primo progetto di abolizione del contenzioso, poi confluito con le modifiche intervenute nel lungo itinerario legislativo nella L. 20 marzo 1865, n. 2248 All. E.

ministrativo supremo » esprimeva una soluzione istituzionale più complessa di quella spaventiana, che più semplicemente si era limitata a proporre una modificazione delle attribuzioni del Consiglio di Stato⁽⁶⁷⁾: sotto questo profilo la proposta di Minghetti al pari di quella di Spaventa interpretava le diffuse suggestioni che le riforme amministrative tedesche — ed in questo caso anche quelle austriache — esercitavano sull'intero dibattito, rispondeva al comune imperativo dell'introduzione del *Rechtsstaat*.

Il principale elemento distintivo andava invece individuato nel diverso ruolo che, nei rispettivi progetti istituzionali, svolgeva l'idea della giustizia amministrativa: se nel discorso di Bergamo questa emergeva nella più assoluta centralità, nel disegno di Minghetti la giustizia amministrativa rimaneva una proposta sostanzialmente subordinata, funzionale ad un progetto più complessivo che nel decentramento individuava la soluzione principale ai problemi di organizzazione delle istituzioni e contemporaneamente la garanzia di un più organico rapporto tra queste ed il tessuto sociale.

Intervenendo nel dibattito Minghetti dimostrava di condividere le diffuse preoccupazioni per la « giustizia nell'amministrazione », di utilizzare comuni modelli di analisi e comuni fonti culturali ed istituzionali, di rispondere al richiamo dei « germanismi », reinterpretati tuttavia in un disegno più rispondente alle

(67) « Parmi che in Italia si potrebbe provvedere col metodo austro-ungarico, cioè colla creazione di un tribunale amministrativo supremo » (*ibid.*, p. 283). Minghetti faceva riferimento all'istituzione del *Verwaltungsgerichtshof* avvenuta in Austria con la legge 22 ottobre 1875 (su cui BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 596-9), una riforma che per l'uomo politico bolognese aveva avuto il merito di introdurre una Corte suprema di giustizia amministrativa che « sovrapposta ad autorità locali in un ordinamento assai decentrato, coordina e mantiene in esse il rispetto della legge e l'unità della giurisprudenza » (p. 268). Il modello austriaco appariva così non solo meno macchinoso di quello prussiano (p. 283), ma in definitiva più funzionale al progetto decentratore minghettiano, offrendo, al tempo stesso, rispetto alla proposta spaventiana, una soluzione istituzionale più rispettosa del problema dell'indipendenza del giudice.

Il sistema proposto da Minghetti si sarebbe strutturato inoltre sui Consigli di Prefettura con funzioni di tribunali amministrativi di prima istanza. Si recuperava così espressamente (pp. 287-8), ma con maggiore ampiezza la proposta formulata a suo tempo da Costantino Baer.

linee di un liberalismo moderato d'impronta cavouriana, ma coglieva anche l'occasione per riproporre quel disegno di decentramento amministrativo che già al momento della fondazione dello Stato unitario aveva tentato inutilmente di tradurre in riforme concrete ⁽⁶⁸⁾.

La contrapposizione con Spaventa, per il quale « il vocabolo 'autonomia' » rappresentava « una voce esosa », « un indirizzo morale contro l'unità politica, che noi avevamo ottenuta a prezzo di grandi sacrifici » ⁽⁶⁹⁾, si realizzava quindi sul piano delle proposte ed esprimeva la sostanziale diversità di personalità culturale e politica dei due statisti.

In Minghetti, formatosi sui classici del liberalismo, da Constant a Tocqueville, profondamente influenzato dalla frequentazione di Cavour, il primato delle libertà locali rispondeva ad un'ideologia molto più propensa del rigido hegelismo di Spaventa a riconoscere la centralità della società civile, favorevole ad ammettere la possibilità e l'utilità dell'intervento dello Stato soltanto quando fosse « evidente che i privati cittadini, e le associazioni libere di essi non bastano a provvedere ad una necessità d'interesse generale » ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. MINGHETTI, *Ordinamento amministrativo dello Stato*, in *Id.*, *Discorsi parlamentari*, vol. I, Roma, 1888, pp. 89-105. Si tratta del discorso che Minghetti pronunciò alla Camera dei Deputati nella tornata del 13 marzo 1861 in occasione della presentazione dei disegni di legge « Sulla ripartizione del Regno e sulle autorità governative », « Sull'amministrazione comunale e provinciale », « Sui consorzi », « Sull'amministrazione regionale » ed assai significativo delle novità e dei limiti che furono propri di questo tentativo decentratore. Conosciamo (*retro nota n. 33*) la valutazione fortemente negativa che di questi progetti aveva dato Silvio Spaventa. Sulla posizione assunta da Minghetti nel processo di unificazione amministrativa del Regno, cfr. BERSELLI, *Marco Minghetti e le leggi di unificazione amministrativa*, in *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, cit., pp. 321-348.

⁽⁶⁹⁾ SPAVENTA, *L'autonomia universitaria*, discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 23 gennaio 1884 intorno all'art. 1 del disegno di legge Baccelli sull'istruzione superiore, in *La politica della Destra*, cit., p. 345.

⁽⁷⁰⁾ L'imprescindibile specificità delle personalità culturali e politiche di Spaventa e Minghetti non giustifica tuttavia, a nostro avviso, la considerazione (N. MATTEUCCI, *Introduzione a Il liberalismo in Italia e in Germania*, cit., p. 13) secondo la quale i due statisti, che muovevano da preoccupazioni e motivazioni comuni e s'indirizzavano verso la prospettiva

Se tuttavia il disegno istituzionale complessivo registrava un'ampia articolazione dialettica, troppo sbrigativo sarebbe tradurre questa innegabile complessità di valutazioni e di soluzioni istituzionali nella rigida alternativa tra una scelta autoritaria e statalista (Spaventa) ed una invece garantista ed individualista (Minghetti) ⁽⁷¹⁾.

Esistevano in realtà anche forti elementi comuni: non solo il fatto tangibile che della situazione politica italiana si offriva un'analisi su molti punti convergente, ma anche essenzialmente il concorde riconoscimento della centralità delle riforme istituzionali, la comune consapevolezza che i « rimedi » dovessero essere individuati nel tessuto amministrativo, che non poteva costituire oggetto di discussione la validità del sistema parlamentare, il primato della rappresentanza politica, ma soltanto la ricerca di quelle riforme capaci di offrire la tanto sospirata stabilità, il rafforzamento delle strutture portanti dello Stato liberale.

anch'essa comune dei « rimedi » amministrativi e istituzionali, rappresenterebbero « due anime, due metafisiche costituzionali o meglio amministrative » del liberalismo italiano.

Il passo citato è tratto da MINGHETTI, *Il cittadino e lo Stato*, in *Nuova Antologia*, 1 novembre 1885, ora in *Id., Scritti vari*, a cura di A. Dallolio, Bologna, 1896, p. 441, una lunga recensione alla traduzione italiana del volume di Herbert Spencer, *L'individuo e lo Stato*, a cura di G. Barzellotti, Città di Castello, 1885.

Non si dimentichino tuttavia le aperture minghettiane sul tema della legislazione sociale (culminate nel discorso tenuto all'Associazione costituzionale di Milano il 28 maggio 1882 - *La legislazione sociale*, Milano, 1882) su cui, per alcune osservazioni, si può confrontare P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, 1967, pp. 131-133.

Anche sul piano della politica concreta si realizzò, nel periodo che qui consideriamo, una forte divergenza tra Spaventa e Minghetti: è noto infatti — già CROCE, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, cit., p. 18 e più ampiamente CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1876 al 1887*, cit., pp. 269 e ss. e p. 621 — che ad un sostanziale avvicinamento, dalla fine del 1881, dell'uomo politico bolognese al trasformismo depretisiano si contrappose l'« irremissibile » opposizione di Spaventa.

⁽⁷¹⁾ Come sembra sostenere L. MAROTTA, *Silvio Spaventa e il problema della giustizia nell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVIII (1978), pp. 602-614.

La non concorde valutazione della praticabilità dei « rimedi » rispondeva così da una parte all'evidente originalità ideale e politica dei rispettivi progetti, ma dall'altra esprimeva anche una diversa considerazione delle condizioni reali, dei bisogni effettivi del paese.

Le pagine minghettiane sul decentramento — pagine « auree » le definirà Vittorio Emanuele Orlando ⁽⁷²⁾ — non rappresentavano il frutto concreto di un'analisi pronta a riconoscere i vistosi segni di crisi della società liberale, ma esprimevano una fiduciosa disponibilità ad interpretare la ricchezza della società civile e delle sue associazioni, a tradurre sul piano dell'organizzazione amministrativa un'armonia economica che nel primato della libertà individuale e dell'iniziativa privata riconosceva ancora la molla esclusiva dello sviluppo industriale, esprimevano la speranza in un futuro ben dominabile dallo Stato liberale, in uno sviluppo organico delle istituzioni in grado di comporre le spinte sociali disgreganti.

Agli inizi degli anni '80 per Minghetti è ancora possibile prospettare una diminuzione dei compiti della pubblica amministrazione: un « rimedio » per « sua natura lento », ma a cui pur si « dee mirare per gradi come ad intento nobilissimo » ⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ ORLANDO, *Il nuovo libro di Marco Minghetti*, cit., p. 90. Su queste pagine di Minghetti relative al decentramento cfr. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura*, cit., pp. 121 e ss., che giustamente le riconduce al generale dibattito della « giustizia nell'amministrazione »; TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 64 e ss., rileva con precisione la centralità delle tematiche decentratrici nel progetto istituzionale minghettiano: non ci sembra tuttavia che Minghetti abbia affrontato i problemi della giustizia amministrativa, che certamente come abbiamo detto erano funzionali a quel più generale progetto, « senza convinzione ». All'interno di questo riequilibrio tra centro e periferia dell'organizzazione del potere, la giustizia amministrativa avrebbe assicurato la tanto sospirata giuridicità, l'indipendenza delle istituzioni dalle nefaste « ingerenze » della politica; rimaneva una proposta istituzionale indispensabile per far fronte a quelle disfunzioni del sistema parlamentare che il dibattito aveva individuato. L'istituzione dei tribunali amministrativi era del resto coerente ad una concezione secondo la quale il decentramento era inconcepibile senza un penetrante controllo dello Stato: il decentramento avrebbe potuto cioè riguardare solo funzioni amministrative, non implicare il riconoscimento di un'autonomia politica dei corpi locali.

⁽⁷³⁾ MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., p. 237 e 240.

Allo stesso modo nelle pagine in cui anglofilia e « germanismo » si fondono nell'esaltazione del *selfgovernment* e del giudice di pace — e nelle quali l'influenza delle ricostruzioni di Rudolf von Gneist si fa più evidente — invano troveremmo, al di là della constatata difficoltà di trasferire queste istituzioni nell'ordinamento italiano, il riconoscimento dei profondi mutamenti amministrativi in corso nella stessa Inghilterra, la consapevolezza dell'anacronismo del modello del funzionario onorario ⁽⁷⁴⁾.

Il disegno di Minghetti si snodava così tra una consapevolezza delle esigenze di una moderna società industriale minore di quella che Silvio Spaventa aveva dimostrato di possedere nel discorso di Bergamo, ed un diffuso eclettismo istituzionale. La stessa idealizzazione del *selfgovernment*, istituzione sorta « spontanea dai costumi e dalle tradizioni » inglesi, rispondeva alla necessità di garantire che i mali del parlamentarismo non si riproducessero a livello locale, s'inseriva nel più globale disegno decentratore; poteva fornire la base teorica per la critica di quei consigli comunali e provinciali che « hanno proprio l'aria di parlamentini », ma non diveniva un'apologia del sistema della nomina: spazio sufficiente rimaneva per proporre il sindaco elettivo e per sottrarre al Prefetto la presidenza della Deputazione provinciale ⁽⁷⁵⁾.

Vecchio e nuovo si sovrapponevano in un progetto che nelle suggestioni offerte dai modelli stranieri — nel volume di Minghetti accanto alla Germania ed alla Gran Bretagna comparivano, in un'interpretazione molto incline a sottovalutare l'« americanismo economico », anche gli Stati Uniti ⁽⁷⁶⁾ — cercava di estrarre il

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, pp. 249 e ss.. Si tratta di pagine scritte in diretta polemica con le affermazioni che Spaventa aveva fatto a questo proposito nel discorso di Bergamo (*retro*, pp. 128-31) ed indicative di una sostanziale sottovalutazione dell'impossibilità e dell'anacronismo del modello del giudice di pace in una moderna società industriale. Anche ROMANELLI, *Liberalismo e democrazia nell'evoluzione della società italiana: l'opinione di Marco Minghetti*, in *Quaderni storici*, VI, I, (1971), p. 231, individua in queste pagine de *I partiti politici* un « minor rigore del pensiero di Minghetti » rispetto alle puntualizzazioni spaventiane sul declino della proprietà stabile.

⁽⁷⁵⁾ MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., p. 254, p. 249, pp. 245-6.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, pp. 237-240: « e basta il por mente agli Stati Uniti d'America per essere persuaso che una società può progredire, arricchirsi, giganteschiare col minimo d'ingerenza del governo » (p. 237). Per quanto ri-

« meglio » per formare « un tutto organico che abbia impronta nazionale » (77).

E vecchio e nuovo si sovrapponevano anche nell'idea guida di tutto il capitolo dedicato ai « rimedi », nel riproporre la regione come consorzio permanente di provincie, con quei limiti già emersi nel processo di formazione dello Stato unitario (78), ma anche con la sua indubitabile natura di alternativa ad un regime di accentramento ormai fortemente consolidato.

Ampiamente raggiunto l'obiettivo dell'unità, la regione non avrebbe più dovuto, come nel 1861, favorire il processo di aggregazione dei singoli Stati, costituire « un organo provvisorio affinché si operasse lentamente il trapasso da sette legislazioni ed ordini diversi », ma sarebbe stata direttamente funzionale all'importanza dei compiti delegati: il consorzio di provincie avrebbe così assicurato la « forza materiale e morale » indispensabile all'assolvimento delle funzioni decentrate (79).

Un'estesa raggiera di « istituzioni autonome formanti Enti morali », associazioni, opere pie, società di mutuo soccorso, ed un largo decentramento burocratico contro la « smania di richiamare tutto al centro », avrebbero poi completato questa grande redistribuzione di compiti tra centro e periferia.

Pur funzionale a questo grande processo di riorganizzazione del potere, l'introduzione della giustizia amministrativa avrebbe

guarda la difficile formazione in Italia di una « ideologia industriale » consapevole delle debolezze e delle necessità di un paese giunto in ritardo all'industrializzazione e non comparabile quindi al modello americano, dalla cui concorrenza era anzi necessario difendere l'incerto sviluppo economico dello Stato unitario, cfr. G. ARE, *Alessandro Rossi fondatore dell'ideologia industriale in Italia*, in ID., *Alle origini dell'Italia industriale*, Napoli, 1974, specialmente pp. 315 e ss.

(77) MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., p. 289.

(78) Sui limiti dei progetti decentratori minghettiani del 1861 cfr. RAGIONIERI, *Politica e amministrazione nello Stato unitario*, cit., pp. 85-88 e BERSELLI, *Marco Minghetti e le leggi di unificazione amministrativa*, cit., pp. 337-8.

(79) MINGHETTI, *I partiti politici*, cit., pp. 243-4. Come termine di confronto si tengano presente i discorsi parlamentari con i quali Minghetti nel 1861 aveva presentato i suoi disegni di legge (*Ordinamento amministrativo dello Stato*, cit., pp. 89-105).

comunque rappresentato un elemento essenziale del progetto istituzionale da attuare: « a questo patto solo possono svolgersi i benefici effetti del decentramento, a questo patto solo può esservi vera libertà individuale e locale »⁽⁸⁰⁾. La giustizia amministrativa avrebbe costituito la garanzia finale della giuridicità dell'ordinamento centrale come di quello decentrato, avrebbe assicurato all'amministrazione l'indipendenza dalle « ingerenze » della politica e dei partiti.

Problemi tecnici di non facile soluzione, tuttavia, si affacciavano nel momento in cui la constatata positività dei modelli stranieri tentava di tradursi in riforme amministrative concrete da inserire nelle istituzioni dello Stato unitario.

Il riconoscimento della « notevole lacuna » dell'All. E — Minghetti a questo proposito svolgeva analisi molto vicine a quelle di Spaventa — non implicava di per sé il completo superamento del sistema di giurisdizione unica: la competenza del giudice ordinario sulle controversie relative ai diritti non veniva assolutamente posta in discussione e tutta la questione della giustizia amministrativa s'indirizzava verso quelle materie che la legge o l'interpretazione giurisprudenziale avevano conservato alla decisione delle autorità amministrative.

Se quindi il progetto della « giustizia nell'amministrazione » incontrava un crescente consenso, ancora indeterminato rimaneva il modo in cui le riforme amministrative si sarebbero coordinate con le scelte del 1865: l'individuazione del « criterio », della « nota caratteristica onde si possa saggiare e discernere le materie contenziose giudiziarie dalle materie contenziose amministrative »⁽⁸¹⁾ era lontana dal trovare delle risposte soddisfacenti.

Le argomentazioni di Minghetti erano ancora molto problematiche, prive di chiare indicazioni concrete, fiduciose che « un'accurata analisi dei casi di controversia » avrebbe potuto risolvere il difficile problema degli equilibri tra amministrazione e potere giudiziario, tra magistratura ordinaria e magistratura amministrativa⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, p. 262.

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*, p. 277.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, p. 280. Con questa conclusione Minghetti chiudeva un esame puntuale di quelle « teoriche un po' troppo assolute » che avevano

Si toccava un nodo cruciale dell'intero assetto della giustizia amministrativa che lo stesso Minghetti con franchezza riconosceva di non aver saputo sciogliere — « io stesso sento che nel mio discorso v'ha qualcosa di vago e di oscuro »⁽⁸³⁾ — e che neppure il dibattito giuridico né le discussioni parlamentari che accompagnarono le riforme crispine e l'introduzione della IV sezione del Consiglio di Stato riuscirono completamente a risolvere: sarebbe toccato ai giuristi, dopo l'approvazione della riforma e non senza grandi difficoltà ed incertezze, il compito d'individuare quella « formula scientifica » che per il momento il dibattito non aveva indicato.

Ma il valore politico della proposta della giustizia amministrativa non ne usciva comunque intaccato: Minghetti era riuscito ad offrire alla riflessione italiana un progetto istituzionale complessivo che, all'insegna degli elementi unificanti della critica al « governo di partito » e dell'aspirazione al modello del « governo giuridico », si veniva specificando sotto la suprema garanzia dell'esercizio di quelle « prerogative », che lo Statuto riconosceva al Sovrano e che dovevano essere rigorosamente mantenute, in una serie di riforme che, dal decentramento alla giustizia amministrativa, dalla legge sullo stato giuridico degli impiegati all'introduzione del Gabinetto, avrebbero assicurato la tanto sospirata stabilità delle istituzioni, il rafforzamento dello Stato liberale⁽⁸⁴⁾.

individuato il criterio di riparto tra competenze del giudice ordinario e dei tribunali amministrativi ora nella distinzione tra controversie risolvibili secondo un « testo preciso di legge » e controversie che implicavano apprezzamenti discrezionali, ora in quella tra diritti e interessi, riconfermata — come Minghetti ricordava — dalle autorevoli dichiarazioni del Procuratore generale della Cassazione romana, ora in quella romagnosiana tra « ragione pubblica » e privata.

⁽⁸³⁾ *Ibid.*, p. 282. La questione, del resto, neppure in Spaventa aveva trovato soluzioni convincenti.

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*, pp. 313-324 per l'esame di « alcuni rimedi indiretti, ed altri secondari o piuttosto espedienti che pure avrebbero qualche efficacia sul migliore andamento della cosa pubblica » (p. 313).

La stessa valorizzazione delle funzioni del Sovrano andava vista in relazione al tentativo di assicurare alla giustizia e all'amministrazione una maggiore indipendenza dalle « ingerenze » della politica, non quindi in funzione di un impossibile ritorno a forme di governo costituzionale puro.

Il dibattito, stretto tra la consapevolezza dell'incapacità dell'apparato istituzionale di garantire una stabile direzione dei conflitti e delle tensioni crescenti nel tessuto sociale e l'immutata fedeltà alla forma di governo parlamentare rappresentativo, aveva cercato nelle riforme amministrative quella soluzione che, salvando i principi dell'organizzazione costituzionale, evitasse anche di ricorrere a quei « pericolosi » allargamenti della partecipazione politica difficilmente dominabili dalla classe dirigente e del tutto estranei ad un progetto che non metteva in discussione la natura oligarchica del sistema politico.

Di lì a pochi mesi una lucida valutazione critica del volume di Minghetti svelava la sostanziale insufficienza del progetto incentrato sui « rimedi » amministrativi nel risolvere i reali problemi delle istituzioni liberali. In un discorso parlamentare, e sia pure nell'ottica conservatrice che gli era propria, Stefano Jacini, accogliendo positivamente le proposte minghettiane, ribadiva che soltanto l'allargamento della base elettorale avrebbe potuto rappresentare « la condizione indispensabile perché un migliore assetto amministrativo e un migliore indirizzo politico, meglio rispondenti ai bisogni dell'Italia reale, nel che consiste il vero rimedio, possano venire attuati » (85).

E Vittorio Emanuele Orlando da un altro punto di vista si chiedeva preoccupato: « questo capitolo dei *Rimedi* lascia, malgrado i pregi suoi grandissimi, nell'animo del lettore questo grave dubbio: quale sarà la loro efficacia effettiva? » (86).

L'ideale del « governo giuridico » aveva espresso un tentativo di aggiornamento delle strutture dello Stato funzionale ad un progetto politico moderato, preoccupato di restituire alla dinamica istituzionale maggiore funzionalità e correttezza, ma anche contrario ad involuzioni autoritarie.

(85) JACINI, *Riforma elettorale e assetto politico-amministrativo*, discorso tenuto al Senato del Regno l'11 dicembre 1881 sul disegno di legge Depretis sull'allargamento del suffragio, in *La riforma dello Stato e il problema regionale*, cit., p. 211 « io non mi tratterò ad esaminare se i rimedi proposti dall'onorevole Minghetti siano sufficienti. A me non sembra; ma ammetto che siano rimedi buoni e vorrei vederli applicati ». (Il passo citato nel testo è invece a p. 212).

(86) ORLANDO, *Il nuovo libro di Marco Minghetti*, cit., p. 92.

L'insistenza sulla centralità delle riforme amministrative non rispondeva tanto all'esigenza di surrogare il mancato allargamento della partecipazione politica — oltre i limiti della riforma elettorale del 1882 s'intende — quanto all'aspirazione ad un modello costituzionale che, non rinunciando al primato del Parlamento, garantisse però anche una maggiore organicità delle istituzioni, un più tranquillizzante equilibrio tra diritto e politica, un più sicuro fondamento per un sistema politico incentrato su di una classe dirigente fundamentalmente elitaria.

La mediazione tra consapevolezza della crisi dello Stato, fedeltà al sistema parlamentare e progetti di riforme amministrative si faceva però sempre più difficile: presto si sarebbero fatte sentire le voci di coloro che molto meno disponibili a salvare la linearità del modello liberale avrebbero rivendicato all'amministrazione un ben più saldo primato.

3. *Giustizia amministrativa e primato dell'amministrazione.*

L'aspirazione ad un « governo giuridico » non espresse infatti soltanto un progetto che, finalizzato ad un aggiornamento delle istituzioni, permettesse alle « costituzioni moderne » di resistere alla pericolosa instabilità del « governo di partito » ed al tempo stesso conservasse nel Parlamento il centro vitale della dinamica politica e l'elemento principale di raccordo con le forze sociali.

La consapevolezza che le riforme amministrative rappresentavano una questione sempre più « vera ed urgente », un problema dalla cui soluzione dipendeva la sorte stessa dello Stato liberale, emergeva anche da analisi che della situazione politica riuscivano a cogliere non solo le più appariscenti disfunzioni, ma la tensione sempre più profonda tra « governo e governati », tra classe dirigente e paese reale.

In quegli autori in cui con maggiore realismo venivano alla luce i gravi problemi della questione sociale, la preoccupata constatazione dell'estrema fragilità delle capacità egemoniche della classe dirigente, della labilità del consenso su cui poggiavano le strutture istituzionali, anche il modello del *Rechtsstaat* acquistava nuove valenze, la diffusa insistenza sulle tematiche amministrative s'inseriva in un diverso progetto politico, la consueta valutazione dei

« mali » e dei « rimedi » si traduceva nel tentativo d'imporre un nuovo e più autoritario modello costituzionale.

L'influenza del « germanismo » si faceva quindi più forte e nelle riforme amministrative sperimentate in terra straniera non si ricercavano più dei correttivi alle degenerazioni del sistema parlamentare, ma un vero e proprio modello alternativo che nel primato dell'Esecutivo e dell'amministrazione e in una sostanziale riduzione del peso politico delle assemblee individuava le condizioni essenziali per assicurare maggiore saldezza al dominio della classe dirigente.

Il collegamento tra consapevolezza della crisi dello Stato e necessità di ridefinire ruolo e funzioni dell'apparato amministrativo si fa strettissimo: le riforme amministrative diventano immediatamente rispondenti alla necessità di approntare più sicuri strumenti di potere, il canale principale attraverso il quale potenziare le istituzioni e puntellare la pericolante egemonia dei « governanti ».

La correlazione tra analisi e progetto si rafforza ed il realismo di quella condiziona apertamente la ricerca di nuovi equilibri costituzionali, di più organiche relazioni tra Stato e società.

Si consideri il volume che Pasquale Turiello pubblicava a Bologna per i tipi di Zanichelli nel 1882: senza voler appiattare la reale complessità di un'opera in cui suggestioni darwiniane e positiviste, questione meridionale, anticipazioni di temi nazionalistici e consapevolezza degli sviluppi imperialistici della lotta tra i paesi industrializzati si fondevano in uno spregiudicato eclettismo, è certo che il binomio tra critiche alle degenerazioni del sistema parlamentare e progetti di riforma amministrativa rimaneva una delle ossature portanti della riflessione politica turelliana: la questione amministrativa incontrava magari una minore consapevolezza degli aspetti tecnico giuridici, ma assumeva anche una maggiore immediatezza politica, si calava nei grandi problemi del paese, diventava una possibile risposta alla drammaticità dei conflitti sociali ⁽⁸⁷⁾.

(87) P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia*, 2 voll., Bologna, 1882. Per questa complessità l'opera è stata fatta oggetto di notevoli attenzioni da parte degli studi sull'Italia liberale. Si confrontino in particolare M. L. SALVADORI, *Il mito del buon governo. La questione meridionale da*

Il riconoscimento che la diminuzione dell'autorità dello Stato non può che essere una « felice illusione » non derivava come in Spaventa dall'attenta considerazione della tendenza dello Stato moderno a regolare anche i processi economici, ad intervenire nello stesso sviluppo industriale, ma dalla consapevolezza di una esplosiva questione sociale, non a caso individuata « solo dove poi la miseria per giunta sia risentita come ingiusta e come degna di rimedio da chi la soffre »⁽⁸⁸⁾, cioè in quei casi in cui alla precaria condizione economica e sociale si accompagnava la possibilità della rivolta.

La stessa critica ai « modi di governo » della Sinistra finiva per investire la struttura stessa dello Stato, la sua fragilità, la sua incapacità nell'arginare il ribollente mondo dei « governati »⁽⁸⁹⁾,

Cavour a Gramsci, Torino, 1963 (1^a ed. 1960), pp. 115-145; RIPEPE, *Le origini della teoria della classe politica*, cit., pp. 152 e ss.; A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *Storia d'Italia*, vol. IV, *Dall'Unità ad oggi*, tomo 2^o, Torino, 1975, pp. 912 e ss. Dell'opera è stata pubblicata recentemente (Torino, 1980) una ristampa a cura di Piero Bevilacqua — alla cui *Nota bio-bibliografica* (pp. XXXIX e ss.) rimandiamo per i necessari riferimenti biografici — che non comprende tuttavia, salvo pochi paragrafi, il secondo volume, il più importante per l'esame del progetto istituzionale turcelliano. Si tratta di una esclusione abbastanza significativa visto che l'interesse prevalente della storiografia per *Governo e governati* si è concentrato sulle pagine in cui si metteva a nudo la realtà della questione meridionale, il divario tra « paese legale » e « reale »: minore è stata l'attenzione per il progetto di riforma dello Stato proposto da Turiello, eccezion fatta per gli aspetti che apparivano più anticipatori di futuri temi nazionalistici.

⁽⁸⁸⁾ TURIELLO, *Governo e governati*, cit., vol. 1^o, p. 9 (per il primo volume citiamo dalla ristampa della ediz. 1882, Torino, 1980). Famosa la critica di questa definizione che in una recensione al volume formulò P. VILLARI, *L'Italia giudicata da un meridionale*, in *Nuova Antologia*, XVII (1882), 2^a serie, vol. XXXVI, fasc. XXIII, p. 410, che negò l'identificazione di questione sociale e « risentimento »: « la resistenza è almeno segno di energia e di forza; l'abbattimento e l'abbandono possono essere segno di un male anche peggiore ».

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, vol. 2^o, p. 7: « mancando la tradizione di un consorzio fido, lo Stato non è poi sentito come un beneficio dai più », « ormai ai più esso si fa vivo sol quando si mostrino il carabiniere o l'esattore », « o quando si vede passare il Re o la banda di un reggimento. Nel resto si può dire che lo Stato nuovo sia sentito da tutti durare anziché vivere ».

reclamando strutture più salde ed inveendo contro le proposte decentratrici accusate di indebolire ulteriormente le istituzioni ⁽⁹⁰⁾.

L'avvertito « disagio amministrativo » non poteva così trovare rimedi efficaci nel « gioco più scorrevole dei congegni esistenti »: la « nazione » doveva ricercare « un organismo accomodato alla sua natura » e da realizzare non « nelle larghe linee della costituzione politica », ma nelle quotidiane relazioni tra Stato e cittadino, nella continua ed incessante attività dell'amministrazione ⁽⁹¹⁾.

In un panorama istituzionale che Turiello vedeva caratterizzato dalla « decadenza dell'organo parlamentare », alla cui riforma si indirizzavano le « illusioni » riposte nell'allargamento del suffragio o nella costituzione di un partito conservatore ⁽⁹²⁾, il progetto incentrato sull'amministrazione, sul rafforzamento dell'apparato auto-

⁽⁹⁰⁾ Sintomatica la critica alla « proposta del Minghetti del 1861, di distribuire lo Stato in regioni largamente autonome amministrativamente; proposta venuta meno per il giusto istinto della maggioranza della Camera di quel tempo, e specialmente dei meridionali » (vol. 1°, p. 17), anche se *I partiti politici* rimangono pur sempre un « recente e splendido libro » (vol. 1°, p. 141). Analoga critica è rivolta contro le proposte decentratrici di Stefano Jacini (*I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici in Italia*, cit.), vol. 2°, pp. 27 e ss.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, vol. 2°, p. 22 e p. 141.

⁽⁹²⁾ « Quello che sopra tutto importa è che i nostri statisti più autorevoli, di Destra e di Sinistra, si persuadano a tempo che la vecchia forma rappresentativa italiana irrimediabilmente declina »: occorre pertanto per Turiello contrapporre « ad ogni riforma politica formale, ad ogni rimasticatura tarda di vivande giacobine, alle proposte d'indennità dei deputati e delle riforme statutarie, del suffragio universale degli ineducati... », « le riforme che interessino davvero questo o quel cetto » (*ibid.*, vol. 2°, pp. 254-5).

Con Turiello — e più ampiamente con Gaetano Mosca — la critica alle istituzioni rappresentative si arricchiva di un'altra fonte particolarmente diffusa nella coine culturale degli anni '80: Hippolyte Taine di cui dal 1876 erano iniziate ad apparire le prime parti de *Les origines de la France contemporaine*. Sull'importanza di questa recezione, con la quale Taine diveniva un « punto di riferimento essenziale per una critica non teorica, ma storicamente fondata al 'regime parlamentare puro', nato nell'esperienza francese e da essa mutuato dal 'liberalismo dottrinario' italiano », ha richiamato recentemente l'attenzione L. MANGONI, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino, 1985, pp. 95 e ss..

ritario rimaneva ad impersonare l'unica via di uscita alla crisi, la possibilità per la classe dirigente di consolidare il proprio primato, di rinnovare la propria legittimazione.

Cambia la stessa funzionalità delle riforme amministrative: non siamo di fronte a correttivi da introdurre in un sistema parlamentare sulla cui validità non potevano e non dovevano essere sollevati dubbi o incertezze, ma a proposte istituzionali sulla base delle quali realizzare un più complessivo processo d'integrazione di spinte disgreganti, una più organica coesione tra Stato e società che, senza mettere in discussione le gerarchie sociali esistenti, permettesse di riunificare « quelle poche decine di migliaia che nel 1859 e nel 1860 condussero la nazione italiana al suo risorgimento » e quei « milioni di irrisolti e maldisposti » che non avevano cooperato al processo di unificazione nazionale⁽⁹³⁾.

Se queste erano le prospettive verso le quali si indirizzava il progetto di Pasquale Turiello, i modelli istituzionali di Rudolf von Gneist, ormai ampiamente diffusi nella riflessione politica italiana, non potevano mancare di far sentire la loro influenza. Ed infatti, nel momento in cui il disegno istituzionale tendeva a delinearci intorno ad un indiscusso primato dell'amministrazione, ricompariva anche il vecchio modello del giudice di pace chiamato ancora una volta a garantire un più organico rapporto tra istituzioni e tessuto sociale⁽⁹⁴⁾. Ma l'utilizzazione di modelli consolidati non testimonia soltanto la presenza di un ennesimo fenomeno di recezione, la diffusione sempre più estesa di un certo tipo di « germanismo amministrativo »: la ricerca di « istituzioni organiche » è in questo

(93) *Ibid.*, vol. 2°, p. 154. Può valere quindi per Turiello il giudizio troppo generalizzante di GRAMSCI, *Il risorgimento italiano*, in *Quaderni del carcere*, cit., vol. 3°, p. 1976, secondo il quale la letteratura sul parlamentarismo aveva rappresentato una « letteratura dovuta ad elementi conservatori, furiosi per la caduta della Destra e della Consorteria, fegatosi, biliosa, acrimoniosa, senza elementi costruttivi, senza riferimenti storici ad una tradizione qualsiasi ».

(94) L'utilizzazione da parte di Turiello del modello del giudice di pace era già stata messa in rilievo da ROSSI DORIA, *Per una storia del « decentramento conservatore »: Antonio di Rudinì e le riforme*, cit., p. 846, che ha individuato in *Governo e governati* una delle fonti culturali dei tentativi di riforma dell'amministrazione sperimentati, ma con pochi esiti concreti, nel corso degli anni '90 dallo statista siciliano.

caso strettamente funzionale all'analisi, alla scoperta impietosa, ma allarmata di sempre più vistose contraddizioni sociali.

Selfgovernment e giustizia amministrativa sono di nuovo proposte istituzionali convergenti, fuse nella consueta idealizzazione del sistema inglese al quale nella sua persistente negatività si contrappone il modello francese del decentramento « topografico ». Vengono così restituiti al dibattito anche gli « studii preziosi » di Costantino Baer, in parte già dissepelliti da Marco Minghetti dall'« oblio quasi intero in cui i maniffattori di riforme »⁽⁹⁵⁾ li avevano lasciati, ma ora assurti a fondamento scientifico di un progetto che nel problema della giustizia amministrativa e dell'organizzazione locale vede la condizione essenziale per realizzare legami più solidi e organici tra l'apparato dello Stato ed i pericolosi fermenti della società civile.

Alla problematica della giustizia amministrativa si guarda in funzione dell'introduzione di un sistema più complessivo di « istituzioni organiche specifiche »⁽⁹⁶⁾: il bisogno di evitare indebite ingerenze nell'attività amministrativa, che pure è vivamente avvertito, è in realtà sopraffatto dalla preoccupazione, che domina e serpeggia per tutto il volume, di assicurare all'attuale sistema di « governo » quegli strumenti che rendano possibile un più agevole controllo della massa dei « governati ».

⁽⁹⁵⁾ TURIELLO, *Governo e governati*, cit., vol. 2°, p. 59 in nota. Sulla recezione minghettiana delle proposte di Baer vedi *retro* nota n. 67.

Su di una estesa raggiera di « giudici locali amministrativi » si sarebbe infatti strutturato il sistema di giustizia amministrativa proposto da Turriello che, a questo proposito, seguiva ampiamente l'interpretazione che del modello di Gneist aveva dato circa dieci anni prima Costantino Baer. Siamo assai lontani dalla consapevolezza dei problemi giuridici ed istituzionali connessi alla riforma del sistema di giurisdizione unica che era stata invece propria di Spaventa: nelle pagine turelliane prevalgono i profili politici, si esprime l'ansia per un più organico raccordo tra istituzioni e corpo sociale. Diventa così centrale il problema dell'« autorevolezza », della rappresentatività sociale del giudice, che non deve « dipendere né di su, né di giù », non deve essere « né elett(o), né pagat(o) », non può essere « remoto dai giudicati, nella sua nascita; ma d'un ceto per sé rispettato né sospettato intanto di poter avere interesse nelle discordie locali » (*ibid.*, vol. 2°, pp. 59 e 62).

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, vol. 2°, p. 277.

Anche in Turiello, ma in modo molto diverso dalle reinterpretazioni di Spaventa o di Minghetti, l'originale modello di Gneist viene stravolto: la grande erudizione storico-giuridica, la profonda conoscenza degli istituti amministrativi, il disegno teorico-dogmatico della giustizia amministrativa scompaiono in *Governo e governati*, riassorbiti in un eclettismo che macina fonti diversissime, in un'analisi sociale profondamente inserita nella realtà dello Stato unitario.

Ha fatto breccia tuttavia l'« apparato sociologico » sotteso alle ricostruzioni di Gneist⁽⁹⁷⁾, il progetto basato sul primato dell'am-

(97) Utilizziamo un'espressione di L. RAGGI, *La parabola di un concetto*. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1907-8 letto nell'Aula magna dell'Università di Camerino il 17 novembre 1907, in *Annuario della Università degli studi di Camerino*, 1907-8, p. 35.

Raggi in una ricostruzione della nozione di *Rechtsstaat* tutta tesa a dimostrare che lo Stato di diritto era ormai diventato « un concetto perturbatore, superfluo per la scienza » (p. 57), sviluppava a proposito di Gneist osservazioni già svolte da L. GUMFLOWICZ, *Rechtsstaat und Socialismus*, Neudruck der Ausgabe 1881, Osnabrück, 1964, p. 218 (si veda tuttavia la critica di Raggi (p. 49) alle pagine 'Lo Stato di diritto'. *Un necrologio di GUMFLOWICZ, Die soziologische Staatsidee*, Innsbruck, 1902, trad. ital. *Il concetto sociologico dello Stato*, a cura di F. Savorgnan, Torino, 1904, pp. 243-251): « l'impressione prodotta dall'opera dello Gneist fu meritamente grande, come quella di tutti i lavori apparentemente impostati su materiale storico, e che esaltano con parole elevate un'idea di supremazia nazionale. Perché (per una metamorfosi assai interessante) per lo Gneist lo « Stato di diritto » è un Bismark del diritto pubblico; e Gneist nel 1871 — (per Raggi erroneamente la data della prima edizione di *Der Rechtsstaat* che è invece Berlin, 1872) — continua nel campo giuridico la battaglia di Sedan ».

Secondo Raggi la penetrazione in Italia del concetto di *Rechtsstaat*, di cui furono sintomo evidente le traduzioni delle opere di Gneist e di Bähr (quest'ultima come sappiamo — *retro* cap. 2^o/1^a pt., nota 54 — avvenuta solo nel 1891) rispose alla « urgente ed imperiosa necessità della nostra vita giuridica nazionale » di introdurre un sistema di giustizia amministrativa (p. 42). In realtà, come dimostra in modo evidente il caso di Turiello, aveva fatto breccia, sin dagli scritti di Baer del 1869-70 — in un periodo cioè in cui non si era ancora manifestata l'esigenza di una riforma dell'Al. E — proprio « l'apparato sociologico » di Gneist, un modello amministrativo basato sul primato dell'amministrazione sulla politica e tutto proteso a ricreare organici rapporti tra Stato e società e del quale la giustizia amministrativa rappresentò un elemento, sia pure preponderante, che convisse con altre tematiche istituzionali talvolta giuridicamente non affini.

ministrazione sulla politica che, al di là delle proprie specificità istituzionali, esprimeva l'ansia per una ricomposizione organica delle tensioni latenti, la convinzione che il rafforzamento del sistema di potere della classe dirigente doveva passare attraverso le strutture amministrative.

Ed in Turiello il progetto assume connotati peculiari: diventa critica accesa di ogni forma di decentramento basato sui corpi locali, su strutture generali, su organizzazioni « politiche », si traduce nella ricerca di quelle « *istituzioni organiche, specificate nell'ordine e nelle funzioni, limitate dai loro fini presenti e non da un confine* », attraverso le quali realizzare una settorializzazione dei compiti e dei servizi capace di spezzare eventuali conflitti, di garantire un capillare raccordo tra istituzioni ed interessi sociali⁽⁹⁸⁾.

Anacronismi e proiezioni verso il futuro, recupero di modelli antiquati ed anticipazione di temi che saranno cari al corporativismo, si fondono in questa particolarissima interpretazione della riforma dello Stato, in un'interpretazione certamente sovraccarica di elementi lontani dalla problematica istituzionale, di biologismi caduchi⁽⁹⁹⁾, ma che, partendo da una analisi dei fatti sociali e politici molto poco propensa a cullarsi nella consolante prospettiva di un futuro facilmente dominabile dalla classe dirigente, aveva affrontato le tematiche amministrative in funzione diretta della crisi della società liberale.

Sempre più stretto intanto diveniva il collegamento tra progetti di riforma amministrativa ed analisi della situazione politica: se da più parti ormai s'intensificavano gli attacchi al regime parlamentare — famosa rimase la funerea profezia di Bonghi: « ' questi è un uomo che morrà ' »⁽¹⁰⁰⁾ — freneticamente si ricercavano

(98) TURIELLO, *Governo e governati*, cit., vol. 2°, p. 32. Di qui l'interesse per le istituzioni di beneficenza, educative, artistiche, artigiane, per le Camere di commercio, addirittura la proposta di un « Senato consultivo economico » (p. 228) composto di « industriali, possidenti, artigiani », sempre sulla base dell'assunto per il quale « se le lotte si specificano scema la probabilità di insurrezioni di tutti gli operai d'ogni arte in una regione » (p. 233).

(99) Cfr. ASOR ROSA, *La cultura*, cit., pp. 921 e ss.

(100) BONGHI, *Una questione grossa. La decadenza del regime parlamentare*, in *Nuova Antologia*, 1 giugno 1884, ora in Id., *Programmi politici e partiti*, cit., p. 325.

modelli alternativi, soluzioni istituzionali da opporre a quei sintomi di malessere politico e amministrativo di cui si prendeva atto con crescente consapevolezza.

La stessa traduzione di *Der Rechtsstaat* che un vecchio esponente della Destra, a suo tempo segretario particolare di Cavour, Isacco Artom, aveva dato alle stampe nel 1884, confermava il bisogno del dibattito di conoscere più da vicino le proprie fonti, di continuare ad approfondire il grande problema de *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica* ⁽¹⁰¹⁾.

Una conferma autorevole della necessità di abbandonare le « sterili » discussioni sull'allargamento del suffragio per passare ad uno studio profondo dell'ordinamento amministrativo e delle riforme da introdurre nell'apparato istituzionale venne da un'opera che, immersa nella già consolidata letteratura sul parlamentarismo, aspirava però a risalire alle « origini prime dei mali delle istituzioni odierne », ad offrire una chiave di interpretazione scientifica dell'intera dinamica politica ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Lo stesso Artom (su cui cfr. G. TALAMO, *Isacco Artom*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 4°, Roma, 1962, pp. 361-4) non rinunciava ad indicare le proprie proposte contro le dilaganti disfunzioni parlamentari. Il riconoscimento dell'urgente necessità « d'introdurre anche in Italia un ordinamento di tribunali amministrativi », s'inseriva nella consueta valorizzazione dell'amministrazione sulla politica, degli apparati istituzionali sui partiti: in questo senso particolare significato assumeva l'idea d'istituire un Consiglio privato della Corona che, composto di magistrati e funzionari amministrativi, estraneo alle lotte politiche, avrebbe rappresentato la condizione per un miglior esercizio delle prerogative regie e per una diminuzione degli « abusi » del Gabinetto. La traduzione di Gneist s'inseriva così in una chiara prospettiva conservatrice anche se espressamente la prefazione di Artom escludeva che, offrendo *Der Rechtsstaat* al vasto pubblico italiano, si fosse voluto proporre forme di governo tedesche od inglesi, ma precedenti il *Reform Bill*.

Le proposte di Artom si possono leggere nella *Introduzione* che precedeva la traduzione italiana di *Der Rechtsstaat* (GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'Amministrazione politica*, cit., pp. I-XLVIII). Sull'utilizzo da parte di Gneist del modello del *Privy Council* come ideale da contrapporre al Governo di Gabinetto, cfr. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., p. 389.

⁽¹⁰²⁾ G. MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare. Studii storici e sociali*, Torino, 1884, p. 306. Siamo cioè — come ha osservato RIPEPE, *Le origini della teoria della classe politica*, cit., p. 154 —

Nella *Teorica* di Gaetano Mosca, infatti, la ricerca di più pregnanti strumenti d'indagine s'innestava nello studio del « Governo di fatto », nella valutazione attuale e allarmata della « costituzione materiale » dell'Italia degli anni '80 ⁽¹⁰³⁾.

Il volume, nel quale si ponevano le prime basi della teoria della « classe politica », era tutto pervaso da una lucida consapevolezza della crisi delle istituzioni, dalla preoccupata scoperta di una

assai lontani dal positivismo naturalistico di Turiello, che pure rimane una fonte frequentemente citata da Mosca.

⁽¹⁰³⁾ Che la *Teorica* consistesse di due parti « nettamente distinte », una più scientifico-speculativa, nella quale si esponeva la dottrina « che allora poteva essere considerata come nuova, ed in Italia assolutamente nuova, della classe politica » ed una più direttamente inserita nel dibattito sulle disfunzioni del sistema parlamentare, nella polemica politica degli anni '80, era lo stesso Mosca a rilevarlo nella *Prefazione* alla seconda edizione (Milano, 1925) del volume. (Cfr. MOSCA, *Scritti politici*. Vol. I. *Teorica dei governi e governo parlamentare*, a cura di Giorgio Sola, Torino, 1982, p. 193. L'edizione critica della *Teorica* segue infatti il testo dell'ultima edizione riveduta e corretta dall'autore, fornendo tuttavia, con un accurato apparato di commento, l'indicazione delle principali varianti tra il volume del 1884 — dal quale sono tratte le nostre citazioni — e quello del 1925). Il nostro interesse per l'opera moschiana è evidentemente limitato alle pagine più legate alla problematica dei « rimedi »; su Mosca « scienziato » della politica cfr. oltre al volume di M. DELLE PIANE, *Gaetano Mosca. Classe politica e liberalismo*, Napoli, 1952; N. BOBBIO, *Gaetano Mosca e la scienza politica*, in *Accademia nazionale dei Lincei. Problemi attuali di scienza e di cultura, Quaderno 46*, 1960, ora in *Id.*, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, 1971 (1ª ed. 1969), pp. 177 e ss.; *Id.*, *Gaetano Mosca e la teoria della classe politica*, in *Moneta e credito*, XV (1962), ora in *ibidem*, pp. 199 e ss. (in particolare sui rapporti tra ideologia e scienza nella teoria moschiana della classe politica cfr. pp. 211-218); RIPEPE, *Le origini della teoria della classe politica*, cit., pp. 253-303; *Id.*, *Gli elitisti italiani*, vol. 1º, *Mosca - Pareto - Michels*, Pisa, 1974, pp. 15 e ss.; ASOR ROSA, *La cultura*, cit., pp. 1042 e ss.; E. A. ALBERTONI, *Gaetano Mosca. Storia di una dottrina politica. Formazione e interpretazione*, Milano, 1978 ed infine i saggi di autori vari contenuti in *Archivio internazionale Gaetano Mosca per lo studio della classe politica. Serie italiana*, vol. I. *La dottrina della classe politica ed i suoi sviluppi internazionali*, cit.; vol. II. *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, a cura di E. A. Albertoni, Milano, 1983. Per più complete indicazioni rinviamo alla « Nota bibliografica » curata da Giorgio Sola, in MOSCA, *Scritti politici*, cit., vol. 1º, pp. 93-173.

ribollente questione sociale: « si scherza col fuoco, come se si dimenticasse che il fuoco brucia e consuma »⁽¹⁰⁴⁾.

L'analitica ed estremamente critica valutazione dei « rimedi » comunemente proposti dal dibattito, la riconosciuta insufficienza delle soluzioni istituzionali più frequentemente prospettate, dimostravano che l'analisi politica non era più disposta ad individuare nel sistema parlamentare il modello costituzionale attraverso il quale organizzare il potere ed al tempo stesso far rifluire sulle istituzioni il consenso della società civile.

Le drastiche conclusioni della « Teorica » secondo le quali il sistema parlamentare non avrebbe potuto costituire per il futuro una forma di governo stabile e duraturo⁽¹⁰⁵⁾, la constatata incapacità dei meccanismi elettorali di assicurare la scelta dei migliori, la determinazione di un personale politico appartenente alla « classe più istruita », sboccavano in un appello alla classe dirigente perché, abbandonata ogni « formola politica », ritrovasse in « un vero e reale rinnovamento » ed al tempo stesso nella consapevolezza dei propri meriti, nella capacità di esercitare una *leadership* indiscutibile, la legittimazione indispensabile alla gestione del potere⁽¹⁰⁶⁾.

(104) MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, cit., p. 350.

(105) È noto che nel corso della sua attività intellettuale Mosca attenuò notevolmente le critiche al sistema parlamentare: « una maggiore conoscenza della storia ed una esperienza maggiore della vita ci hanno insegnato a considerarl(e) con maggiore indulgenza, avendo constatato come sia impossibile che esista una forma di organizzazione politica la quale, nel suo pratico funzionamento, non sia inquinata dalle immancabili debolezze morali ed intellettuali della natura umana. Ed oggi ci atterrisce piuttosto la previsione che ai tipi attuali di organizzazione politica se ne possano sostituire altri... » (MOSCA, *Elementi di scienza politica*, Torino, 1923 (2^a ed.), p. 396 in nota). Su questa evoluzione del pensiero moschiano cfr. RIPEPE, *Gli elitisti italiani*, cit., pp. 147 e ss.

(106) MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, cit., p. 329: « volentieri faremmo a meno di ogni specie di formola politica. Tanto esse, sia che parlino di volontà regia o di volontà popolare, sono tutti miti bugiardi. La classe politica, che sta al potere, dovrebbe secondo questa nostra aspirazione, apertamente confessare che ci sta per merito proprio, per la superiorità dei suoi talenti e della sua organizzazione e non già per volere di Dio, del Re o del popolo ». La critica, famosissima, ai meccanismi elettorali — « non sono gli elettori che eleggono il Deputato, ma ordinaria-

In questa prospettiva complessiva che, abbandonata ogni illusione di organizzazione del consenso dei « governati » attraverso l'allargamento del suffragio o la « riorganizzazione dei partiti »⁽¹⁰⁷⁾, mirava semplicemente al rinnovamento ed al consolidamento di una supremazia politica e sociale, l'amministrazione e l'esercito rimanevano le uniche istituzioni sottratte alla dura requisitoria moschiana, rappresentavano le strutture fondamentali dello Stato, gli strumenti essenziali di gestione del potere⁽¹⁰⁸⁾.

Così la richiesta di attribuire ai funzionari amministrativi « maggiore indipendenza e verace controllo di quanto oggidì ne abbiano », s'inserisce in un generale riequilibrio costituzionale, esprime il tentativo d'individuare nelle istituzioni amministrative dei freni sicuri alla « autocrazia ministeriale »⁽¹⁰⁹⁾.

mente è il Deputato che si fa eleggere dagli elettori » (p. 295) — occupa buona parte del capitolo VI.

Sull'esame del processo elettorale condotto da Mosca in queste pagine della *Teorica*, da ultimo G. SOLA, *L'analisi dei partiti politici in Gaetano Mosca*, in *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, cit., pp. 276-284.

⁽¹⁰⁷⁾ Sulla « riorganizzazione dei partiti » cfr. MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, cit., pp. 311 e ss.: non sono infatti il bipartitismo, la distinzione tra *Whigs* e *Tories* che hanno assicurato il progresso delle istituzioni inglesi, ma « quel mirabile sistema di *self-government*, per cui quasi tutte le cariche erano esercitate da gentiluomini, che gratuitamente servivano il paese » (p. 312).

La contrarietà a possibili allargamenti del suffragio, che avrebbero avuto l'unico pericoloso effetto di sviluppare un'egemonia operaia, è chiaramente espressa invece alle pp. 318 e ss.

L'avversione di Mosca nei confronti dei partiti politici è sottolineata anche da L. COMPAGNA, *Il costituzionalismo senza partiti di Gaetano Mosca*, in *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, cit., pp. 315-330.

⁽¹⁰⁸⁾ Nell'esercito, istituzione che aveva già avuto in TURIELLO, *Governo e governati*, vol. 2°, cit., pp. 149-152, vistosi riconoscimenti, « una minoranza scelta, elegante, colta, ha potuto assicurare il suo regno, ha saputo padroneggiare una maggioranza brutale, i cui appetiti non sono mai saziati, sono sempre pronti a scatenarsi, che è tenuta a posto solo dalla forza... » (MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, cit., p. 298).

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, pp. 208-9.

Ed il rafforzamento delle strutture istituzionali deve passare attraverso il Consiglio di Stato, salvato a stento al momento dell'unificazione contro « tutti gli infatuati delle democratiche dottrine », ed ora chiamato a rappresentare il « coronamento » dell'intero edificio amministrativo ed al quale devono spettare tutti i ricorsi contro quei tribunali amministrativi sulla cui necessaria introduzione anche Mosca manifestava il proprio consenso⁽¹¹⁰⁾.

Le entusiastiche citazioni de *I partiti politici* di Minghetti, le positive valutazioni dei progetti di Depretis sulla riforma delle attribuzioni del Consiglio di Stato dimostrano che anche per Mosca l'istituzione di organi appositi di giustizia amministrativa avrebbe rappresentato una tappa essenziale per un riordinamento della pubblica amministrazione⁽¹¹¹⁾.

L'apologia del Consiglio di Stato, il favore con cui Mosca guarderà alle riforme amministrative⁽¹¹²⁾ esprimevano tuttavia un progetto politico completamente diverso da quello proprio di Minghetti o di Spaventa: le comuni preoccupazioni per l'instabilità della politica, la medesima consapevolezza della centralità delle riforme amministrative diventano nella *Teorica* direttamente funzionali alla coscienza sempre più lucida e allarmata della gravità della crisi, all'esigenza di assicurare un futuro ad un sistema di dominio pericolosamente minacciato⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 216 e pp. 219-20: « il Consiglio di Stato dovrebbe essere come il coronamento di tutto questo edificio; come il corpo al quale competesse il supremo sindacato di tutta l'amministrazione dello Stato, ed a cui venissero in ultima istanza gli appelli contro i tribunali amministrativi. Esso, sì per il modo di scegliere i membri, che per le guarentigie di cui questi verrebbero circondati, dovrebbe avere una posizione del tutto indipendente dalla potenza ministeriale ».

⁽¹¹¹⁾ Cfr. in particolare *ibid.*, p. 219 in nota.

⁽¹¹²⁾ Limpide pagine sul rilievo che l'elemento burocratico-amministrativo ottiene nei confronti di quello elettivo sia in Mosca che in Turiello in FARNETI, *Sistema politico e società civile*, cit., pp. 131 e ss. (cfr. anche nota 25 cap. 2°/1ª pt.).

⁽¹¹³⁾ La comune insistenza sui « rimedi » di carattere amministrativo non deve far dimenticare infatti la sostanziale diversità del progetto politico in cui le proposte di riforma s'inserivano, sulla base di una valutazione fortemente differenziata della capacità del sistema parlamentare di assicurare per il futuro il necessario raccordo tra le istituzioni ed il corpo sociale,

In Mosca si delinea così un indiscusso primato dell'amministrazione che interpreta le esigenze dell'Esecutivo e risponde alla necessità di consolidare l'« autorità », il « governo » nei confronti dei conflitti e delle tensioni crescenti nel corpo sociale: l'amministrazione, la burocrazia e di conseguenza gli stessi strumenti di tutela degli interessi individuali che la stessa pubblica amministrazione, al suo interno, era disposta ad assicurare, rappresentano il futuro dello Stato liberale, le strutture attraverso le quali non si deve tanto « completare » l'assetto istituzionale, quanto garantire la continuità del potere.

La stessa critica alle amministrazioni comunali e provinciali, nelle quali i funzionari elettivi alterano l'omogeneo tessuto della struttura burocratica e la corrispondente idealizzazione del sistema amministrativo del *selfgovernment*, dei « funzionari liberi » non elettivi⁽¹¹⁴⁾ — destinata ad ulteriori sviluppi negli *Elementi di scienza politica* — non rispondono soltanto all'esigenza di assicurare una maggiore giuridicità dell'attività amministrativa, ma esprimono l'improrogabile necessità di individuare una *élite* in grado di esercitare un'efficace e sicura direzione politica della « massa dei governati ».

Il dibattito sulla « decadenza del sistema parlamentare » e sull'individuazione dei « rimedi » necessari era tuttavia più che mai aperto: una recensione di Vittorio Emanuele Orlando agli interventi di Bonghi e di Mosca dimostrava che si era ancora pronti a riconoscere alla forma parlamentare il « merito non piccolo » di aver dato « agio, modo e possibilità alle tante, varie, gravissime

di provvedere alla determinazione della classe dirigente. Rileva questa contrapposizione della polemica sul parlamentarismo E. CUOMO, *Il sistema parlamentare ed i suoi critici. 1870-1900*, Napoli, 1974, p. 11.

⁽¹¹⁴⁾ MOSCA, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, cit., pp. 228 e ss.

Sulla necessità di affidare alla classe che « vive di lavoro intellettuale e possiede la grande cultura tecnica e scientifica » la « parte grandissima del governo locale », in modo « da sostituirla alla burocrazia centralizzante, assorbente e protocollante..., e da sostituirla altresì, al funzionario elettivo », cfr. anche MOSCA, *Le costituzioni moderne*, Palermo, 1887, ora in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, 1958, pp. 536-7, mentre per la centralità del modello del funzionario onorario ancora negli *Elementi di scienza politica*, cfr. retro, cap. 2°/1^a pt. nota 37.

forze disordinate che travagliano la società odierna di coesistere, evitando per quanto è stato possibile quelli scoppi che ne sarebbero derivati » (115).

Poche pagine compongono questo articolo che Orlando nel 1884 pubblicava nella *Rassegna di scienze sociali e politiche*, ma tutte di grande rilievo ed anticipatrici di molti motivi propri del « progetto » orlandiano. L'appello per salvare le « istituzioni presenti » (116), la riconosciuta insostituibilità della Camera nel garantire il raccordo tra le strutture statuali e le forze sociali riconfermavano certi punti fermi dal quale era partito lo stesso dibattito sulla « giustizia nell'amministrazione ».

Era ancora possibile per Orlando una costruzione « giuridica » dei meccanismi costituzionali e della forma di governo — a questo saranno dedicati gli *Studi giuridici sul governo parlamentare* di due anni più tardi (117) — che, salvando la linearità del modello liberale, assicurasse però anche quegli elementi di stabilità, quel depotenziamento della politica a favore del diritto, intorno ai quali si era sviluppata anche tutta la tematica delle riforme amministrative e che avrebbero permesso al tanto lamentato « governo di partito » di divenire un vero « governo giuridico ».

Sul concetto di *Rechtsstaat* si veniva così realizzando una dialettica ed una contrapposizione di grande portata: partendo da presupposti comuni, dalle medesime fonti culturali e dalle stesse

(115) ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, II (1884), pp. 593-4.

(116) *Ibid.*, p. 600: « se il presente non è bello, l'avvenire non ci promette nulla di meglio, onde è preferibile stringerci tutti intorno le istituzioni presenti, e se la rovina è inevitabile, ritardarne i tristi effetti e temperarli ».

Su questo intervento orlandiano cfr. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979, pp. 35-37; ID., *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli (1881-1897)*, in *La dottrina della classe politica ed i suoi sviluppi internazionali*, cit., p. 359; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, pp. 78 e ss.

(117) ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit. Oltre agli autori citati alla nota precedente, cfr. retro note 56-57 ed *infra* pp. 253 e ss.

preoccupazioni il dibattito si era radicalizzato su due diverse concezioni dello Stato e dell'amministrazione; il consenso intorno alle riforme amministrative aveva così espresso due antitetici modelli politici, due progetti istituzionali alternativi. Una diversa consapevolezza della crisi dello Stato, delle minacce crescenti intorno alla società liberale aveva finito per attribuire ai « rimedi » amministrativi significati e valenze non omogenee anche quando, come nel caso della giustizia amministrativa, il favore per una sostanziale modificazione delle scelte dell'unificazione era stato unanimemente manifestato.

Modelli amministrativi e crisi dello Stato: intorno a questo binomio aveva ruotato il dibattito sul parlamentarismo, su questo binomio era emersa la grande questione della « giustizia nell'amministrazione » e sempre intorno al collegamento tra consapevolezza della realtà e delimitazione del progetto prenderanno forma le soluzioni dogmatiche e le interpretazioni, le teorie generali ed i sistemi che i giuristi cercheranno di offrire della giustizia e del diritto amministrativo all'indomani della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

In questo senso il tempestivo intervento di Orlando nel dibattito rappresentava anche una precisa scelta di campo.

CAPITOLO QUARTO

LE PROPOSTE DEI GIURISTI TRA SUGGERZIONI E MODELLI STRANIERI

La ricerca di nuovi rapporti tra diritto e politica, che era stata propria del dibattito sul parlamentarismo, aveva contribuito anche ad evidenziare la precarietà degli equilibri tra amministrazione e cittadino fissati nel 1865, aveva svelato una insoddisfazione diffusa per quella soluzione istituzionale e concettuale che, distinguendo tra diritto e interesse, tra controversie attribuite al giudice ordinario ed amministrazione pura, aveva cercato di contemperare al momento dell'unificazione libertà del singolo ed autonomia dell'apparato.

Non si era contestata la scelta di abolire i « giudici ordinari del contenzioso amministrativo » ⁽¹⁾, né si era posta in discussione la legittimità della giurisdizione del giudice ordinario nelle materie relative ai diritti: si era invece cercato di individuare le soluzioni istituzionali attraverso le quali « completare » un sistema che nelle sue caratteristiche essenziali appariva fundamentalmente intoccabile.

In questo senso molto chiara era stata la posizione di Spaventa, certo il più consapevole tra i protagonisti del dibattito degli spes-

(1) L'espressione citata compare nell'art. 12 dell'All. E (che com'è noto non aveva abolito le giurisdizioni speciali della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e pensioni), ma risale all'art. 25 dell'Editto del Regno Sardo del 29 ottobre 1847 che la riferiva ai Consigli d'Intendenza. Sugli effetti di questa definizione in relazione alla posizione degli istituti del contenzioso nell'ordinamento generale del Regno Sardo, cfr. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso*, cit., pp. 102 e ss. Sulla distinzione tra giudici ordinari (i Consigli di governo in 1° grado ed il Consiglio di Stato in 2° grado) e giudici speciali del contenzioso prevista dalle leggi sarde del 1859, cfr. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 401 e ss. ed ora NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 70 e ss.

sori giuridici della tematica della giustizia amministrativa e per il quale il problema si sarebbe risolto affiancando al giudice ordinario un Consiglio di Stato rafforzato nelle sue attribuzioni giurisdizionali.

Ritornava quindi in primo piano il problema del potere amministrativo, il rapporto tra legalità e necessaria discrezionalità delle scelte dell'apparato, tra vincolatezza ed autonomia dell'attività amministrativa, tra quei poli sui quali si giocava l'equilibrio dei poteri dello Stato e sui quali si era formato con la prudenza ed i compromessi che conosciamo il riparto di competenze tra giudice ordinario e pubblica amministrazione che precariamente reggeva il sistema di giurisdizione unica.

L'esigenza di una maggiore trasparenza ed imparzialità nell'esercizio del potere amministrativo era apparsa la condizione essenziale per realizzare quel rafforzamento delle strutture dello Stato verso il quale, con le articolazioni che lo avevano caratterizzato, si era diretto l'intero dibattito, nella ricerca di una più sicura e tranquillizzante stabilità delle istituzioni. Non si trattava quindi di mettere in dubbio l'esistenza stessa del potere amministrativo o di innescare un conflitto con le situazioni giuridiche soggettive del cittadino, ma di assicurare al potere una maggiore autonomia dalle pericolose « ingerenze » della politica, una maggiore impermeabilità nei confronti delle nefaste influenze dei « partiti ».

« Il ministro non deve essere giudice: ecco il mio criterio direttivo »⁽²⁾: così a Bergamo si era espresso Spaventa riconfermando che il problema centrale ruotava intorno al rapporto tra amministrazione e politica, mentre il momento, pur obiettivamente esistente e sinceramente avvertito, dell'estensione delle garanzie giuridiche del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, discendeva in modo secondario e indiretto dalla soluzione di quella più generale ricerca di una maggiore correttezza negli equilibri tra parlamento e governo, tra partiti e amministrazione.

Le stesse soluzioni istituzionali proposte — esclusa qualche isolata voce contraria — s'indirizzarono tutte verso un perfezionamento dei sistemi di tutela interni alla pubblica amministrazione, verso un potenziamento delle funzioni « giurisdizionali » esercitate

(2) SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 98.

da organi amministrativi, in perfetta continuità con quanto disponeva all'articolo 3 la legge abolitiva del contenzioso.

L'idea di un'estensione delle competenze del giudice ordinario, che pure ebbe qualche sostenitore sia sul piano teorico sia nel dibattito parlamentare, non riuscì a coagulare una valida alternativa all'indirizzo prevalente, non riuscì ad andare oltre quel prudente recupero di controversie prima riservate all'amministrazione che la Cassazione romana aveva attuato a partire dal 1877 col nuovo ordinamento dei conflitti di attribuzione. Non si realizzò cioè una espansione in senso garantista del sistema di giurisdizione unica perché questa appariva contraddittoria ad un progetto di rafforzamento delle strutture amministrative, non rispondente al tentativo di cementare l'indipendenza dell'apparato, le prerogative dell'amministrazione.

Non si mise in discussione il principio cardine della legge del 1865 secondo il quale le controversie, in cui con più evidenza si manifestavano l'autonomia e l'indipendenza del potere amministrativo, non potevano cadere sotto il sindacato del giudice ordinario, ma si ricercarono quegli strumenti speciali di tutela che, non mettendo in discussione la libertà dell'amministrazione, garantissero anche gli interessi dei cittadini.

Accanto alla consueta, ma difficile e contraddittoria questione del riparto di competenze tra giudice ordinario e amministrazione si aprivano ora i complessi problemi che l'introduzione di un nuovo « giudice » poneva alla già incerta linearità del sistema: al di là della diffusa, ma generica istanza per la giustizia amministrativa dovevano essere ora precisati i rapporti che la nuova istituzione avrebbe avuto con il sindacato che sull'attività amministrativa già esercitava il giudice ordinario, definita la natura stessa della tutela che sarebbe stata assicurata, fissato lo spazio che il « giudice amministrativo » avrebbe occupato all'interno del sistema.

Lo stesso unanime riconoscimento dell'intoccabilità delle competenze acquisite dal giudice ordinario con l'abolizione del contenzioso, indirizzava l'ordinamento italiano verso un sistema dualistico di giustizia amministrativa assai diverso da quei modelli stranieri che tanta suggestione esercitavano sul dibattito politico e giuridico e nei quali molto più residuale si presentava il ruolo della magistratura ordinaria, un sistema nel quale per altro gli equilibri tra i due

giudici erano tutti da definire, le rispettive funzioni interamente da determinare.

Nell'esame di queste problematiche i giuristi si mossero al seguito del dibattito politico e consapevoli della centralità che la questione della « giustizia nell'amministrazione » aveva acquisito nel panorama istituzionale, riutilizzarono modelli concettuali diffusi, rinnovarono le critiche alle disfunzioni del sistema parlamentare, si confrontarono con quelle riforme straniere che già Spaventa e Minghetti avevano additato come tappe essenziali nella fondazione di un « governo giuridico ».

Se quindi in manuali diffusi, ma concepiti nella seconda metà degli anni '70, come quelli di De Gioannis o di Meucci, l'attenzione per i problemi della giustizia amministrativa non va al di là di una sistemazione teorica della legge del 1865 e della riforma dei conflitti di attribuzione del 1877, con l'inizio degli anni '80 incomincia a svilupparsi una letteratura giuridica che affronta espresamente il problema delle riforme.

Non si apre tuttavia un dibattito di tal livello che fosse capace di fissare le linee complessive del sistema di tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa: si alza piuttosto un coro di voci diverse, di personaggi talvolta minori, sintomatico tuttavia della fortuna che il problema della giustizia amministrativa si era conquistata, della molteplicità di influssi che la letteratura giuridica straniera esercitava su di una giuspubblicistica assai disponibile alla recezione.

Le proposte dei giuristi emergono così da opere caratterizzate da lunghe digressioni compilative, da minute analisi comparative, da prolissi repertori giurisprudenziali, che dello stesso dibattito politico colgono quasi esclusivamente l'opzione unanime per la giustizia amministrativa, non l'ansia per una riforma globale delle istituzioni che potesse far fronte a quella crisi della società liberale la cui gravità si avvertiva con più o meno lucida consapevolezza.

Siamo di fronte ad una letteratura incline all'« eccesso » esegetico⁽³⁾, ma anche in grado di calare il problema delle riforme

(3) Una critica severa agli « eccessi » esegetici della scienza di diritto pubblico è contenuta nella prolusione *I criteri tecnici per la ricostruzione*

all'interno dell'ordinamento creato con le leggi di unificazione amministrativa: le proposte d'integrazione del sistema divengono così funzionali alle diverse interpretazioni dell'All. E, rimandano ai conflitti esistenti tra gli stessi giuristi ed in particolare tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione intorno all'ampiezza del sindacato del giudice ordinario.

Esemplare a questo proposito è il volume di un autore che abbiamo già incontrato come protagonista del dibattito sui conflitti di attribuzione: ne *Lo Stato e il codice civile* di Giuseppe Mantellini infatti le allarmate preoccupazioni per il « governo di partito » s'intrecciano strettamente con le proposte di riforma e quest'ultime a loro volta risultano intimamente connesse con l'interpretazione del sistema vigente di giurisdizione unica. Gli stessi prestiti da fonti straniere servono ora per convalidare il quadro delle competenze del giudice ordinario offerto dal giurista toscano ora per sostenere la necessità di un'integrazione del sistema.

L'autorità di Bluntschli viene così invocata per sottrarre al giudice ordinario « die notwendige Macht » del potere esecutivo⁽⁴⁾,

giuridica del diritto pubblico tenuta da Vittorio Emanuele Orlando di lì a pochi anni (8 gennaio 1889) all'Università di Palermo. (Ora in ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 3 e ss.).

(4) L'opera di Johan Kaspar Bluntschli era ben conosciuta dai giuristi italiani: sin dal 1873 era stato tradotto lo *Allgemeines Staatsrecht* (1^a ed. München, 1852) col titolo *Diritto pubblico universale* (trad. ital. a cura di Giuseppe Trono, Napoli, 1873 - vol. 2^o, Napoli, 1875), mentre nel 1879 si traducevano i tre volumi (*Dottrina generale dello Stato; Diritto pubblico universale; La politica come scienza*) in cui l'opera era stata riorganizzata a partire dalla 5^a edizione (Stuttgart, 1875).

L'interesse di Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3^o, Firenze, 1882, pp. 315-6, non riguarda tuttavia i profili costituzionali o di teoria generale (per i quali si può cfr. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, cit., pp. 181-193) dell'opera di Bluntschli, ma una ricostruzione teorica della giustizia amministrativa tutta incentrata sulla distinzione tra *Justizsachen* e *Regierungssachen* e nella quale il problema è ancora quello dei limiti all'azionabilità delle pretese del cittadino in relazione all'esistenza di competenze riservate all'amministrazione e la cui intoccabilità deve essere necessariamente difesa. Cfr. J. K. BLUNTSCHLI, *Lehre vom modernen Staat*, Band 2, *Allgemeines Staatsrecht*, 6. Auflage, durchgesehen von Edgar Loening, Stuttgart, 1885, ristampa Aalen, 1965, pp. 351 e ss. L'utilizzazione della fonte tedesca è in questo caso strettamente fun-

per ridurre sostanzialmente l'ampiezza della cognizione della magistratura ordinaria sui fatti dell'amministrazione: Mantellini procede con disinvoltura ad un'opera di vera e propria eversione del dettato della legge del 1865, confinando il sindacato del giudice ordinario quasi esclusivamente in controversie di stretto diritto privato.

Non prendendo in considerazione il prudente, ma pur sempre importante consolidamento delle competenze della magistratura effettuato dalla Corte di Cassazione a partire dal 1877, Mantellini dà voce e veste teorica a quella distinzione tra atti di gestione e d'impero che il Consiglio di Stato, come giudice dei conflitti, aveva di fatto sostituito all'altra distinzione, quella tra diritto e interesse, con la quale nel 1865 si era fissato il riparto di competenze tra il giudice ordinario e l'amministrazione (5).

Sull'onda del dibattito politico giungono ad un completo sviluppo le argomentazioni che Mantellini aveva già in parte formulato nelle monografie dedicate negli anni '70 al problema dei conflitti. Se allora non si era messo in discussione il principio della necessaria libertà e indipendenza del potere amministrativo, ora

zionale ad un'interpretazione fortemente restrittiva della competenza del giudice ordinario stabilita con la legge del 1865.

(5) Cfr. *retro* cap. 1°/1^a pt., nota n. 68. Le origini della distinzione tra atti di gestione e d'impero vanno ricercate nel sistema francese, nel quale la formula aveva l'effetto di mitigare il divieto, sanzionato anche penalmente, per il giudice ordinario di conoscere dell'atto amministrativo almeno nelle ipotesi in cui questo fosse riconducibile ad una attività di diritto privato dell'amministrazione: cfr. G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano* a cura di V. E. Orlando, Milano, 1901, vol. III, pp. 282-292 e 437. Effetto opposto ebbe la formula nel sistema italiano di giurisdizione unica, nel quale fu utilizzata allo scopo di limitare l'azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ai soli atti di diritto comune, eludendo così il dettato dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso.

Anche GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., p. 278 in nota, riconoscono l'originario carattere liberale della formula che risalirebbe però alla « distinzione, corrente soprattutto in Francia, tra fisco e patrimonio nello Stato assoluto ». Nello stesso senso già le indicazioni di L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, s.d., ma 1899, p. 151.

questo stesso principio diventa il cardine teorico, il motivo principale attraverso il quale si sottrae una sostanziosa messe di controversie al giudice ordinario⁽⁶⁾ e contemporaneamente si ricercano all'interno della stessa amministrazione quegli strumenti di tutela che assicurino il necessario controllo senza tuttavia inficiarne l'essenziale autonomia.

La valorizzazione dei profili discrezionali dell'attività amministrativa diventa il canale attraverso il quale realizzare un sistema di tutela completamente diverso da quello inaugurato nel 1865: la politicità dei criteri che guidano l'amministrazione, la riserva integrale all'apparato della valutazione dell'« utile pubblico » esigono per il giurista toscano un ordinamento che riconosca la specialità del potere, l'indispensabile discrezionalità nell'esercizio del « governo »⁽⁷⁾.

Troviamo così un Mantellini decisamente schierato contro possibili codificazioni del diritto amministrativo⁽⁸⁾, contro qualsiasi intromissione di un potere esterno nella libertà dell'amministrazione e di conseguenza un grande fautore della necessità del « foro speciale ».

La sfera dell'interesse, dell'amministrazione pura, non è più il campo dell'irrilevante giuridico, la zona corposa, ma residuale preclusa al sindacato del giudice ordinario: diventa addirittura l'elemento peculiare dell'attività amministrativa, il simbolo del po-

⁽⁶⁾ « Il giudice decide, il ministro agisce; ecco il vero, il solo criterio per distinguere senza sospetto di sofismi, l'attribuzione del giudice dalla funzione del ministro...; ed ad ambedue le autorità con indipendenza, e però senza sindacato, per verun titolo né per verun effetto, né dei giudicati da parte dell'amministrativa, né dei provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria ». Così MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3°, cit., p. 182, che riutilizza apertamente argomentazioni che erano state proprie della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. *retro*, cap. 1°/1ª pt., nota 44).

⁽⁷⁾ MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3°, cit., p. 307: « la giustizia amministrativa si distingue dalla giustizia civile nella materia, nei fini e nei criteri. È materia della giustizia civile il diritto *soggettivo*, fine la utilità *individuale*, giuridico il *criterio*; della giustizia amministrativa è materia il diritto *obiettivo*, fine l'*utile pubblico*, è *politico* il *criterio* ».

⁽⁸⁾ Sui problemi della codificazione del diritto amministrativo cfr. MOZZARELLI-NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, cit., pp. 1117-19.

tere. L'atto di governo non esclude soltanto la presenza del diritto soggettivo del cittadino, ma pretende un diverso rapporto con la norma, vuole essere, prima che esecuzione di legge, espressione della libertà di apprezzamento dell'amministrazione.

Ne consegue uno svuotamento quasi completo delle possibilità di tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino assicurate dall'all. E, un'interpretazione fortemente contrastante con la lettera della legge e che sul piano del progetto si traduce nella delineazione di un modello largamente ispirato al sistema francese e totalmente alternativo a quel primato della magistratura ordinaria espresso, sia pure con incertezze e compromessi, al momento dell'unificazione.

Esclusa la cognizione del giudice ordinario negli « affari di governo » perché « la *discrezione* prevale sulla *regola* », « il canone vi diventa elastico, la regola perde la sua rigidità »⁽⁹⁾, occorre dunque riscoprire all'interno dell'amministrazione quelle forme di tutela contenziose erroneamente abolite nel 1865.

Si apre allora la parte dell'analisi mantelliniana dedicata alle proposte concrete, quella più inserita nella realtà del dibattito e nella quale l'autoritarismo del giurista toscano si stempera nella ricerca di garanzie giuridiche da offrire agli interessi privati, anche nelle ipotesi d'incompetenza del giudice ordinario⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, cit., p. 308.

⁽¹⁰⁾ Mantellini « ha sentito che, se non poteasi senza recare offesa a' diritti inalienabili dello Stato, consentire l'intervento del potere giudiziario in molte vertenze, pure non si dovean lasciare queste alla decisione dell'amministrazione pura senza nessun mezzo legale, nessun rito ». Era un autore da noi ben conosciuto (BAER. *La riforma della legge comunale e provinciale. Le commissioni provinciali amministrative*, in *Nuova Antologia*, XVIII (1883), 2ª serie, vol. 39, p. 526) a cogliere questa innegabile duplicità delle costruzioni mantelliniane, orientate da una parte verso un'interpretazione fortemente restrittiva dell'All. E, dall'altra verso una riforma, dalle linee anche garantiste, del sistema di giurisdizione unica.

L'articolo di Baer adesivo alle proposte del movimento per la giustizia nell'amministrazione e nel quale si rivedevano certe posizioni sulla necessità dei funzionari onorari espone negli articoli degli anni '70, riguardava in particolare l'istituzione di una « Commissione provinciale amministrativa » proposta da Depretis in un progetto di riforma della legge comunale e provinciale presentato al Parlamento il 25 novembre 1882. La Commissione, esercitando funzioni di tutela sui corpi locali e di decisione

Al modello francese non si guarda quindi soltanto in funzione di un'interpretazione restrittiva dei compiti della magistratura, ma anche per cogliere nuovi e più sofisticati strumenti di controllo sull'attività amministrativa: si scopre grazie alle opere di Leon Aucoc la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese sull'eccesso di potere⁽¹¹⁾ che rappresenta un ulteriore elemento per avvalorare la necessità del « foro speciale », il sintomo della necessità di individuare strumenti di controllo capaci di penetrare all'interno delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione.

Si delinea un modello di giustizia amministrativa nel quale il controllo di legittimità si fonde con il controllo di merito attraverso un riesame che la stessa amministrazione compie della legalità come della giustizia e dell'opportunità del proprio operato. In questa direzione si colloca appunto la proposta conclusiva del volume proiettata verso un potenziamento « in forma e con effetti contenziosi » di quei consigli amministrativi che affiancavano come organi collegiali a livello consultivo le strutture dell'amministrazione⁽¹²⁾.

Se queste erano le prospettive mantelliniane non poteva allora mancare un'espansione del ruolo del Consiglio di Stato: l'esten-

in primo grado dei ricorsi presentati contro provvedimenti delle autorità comunali e provinciali — l'appello sarebbe stato di competenza del Consiglio di Stato —, prefigurava nella composizione e nelle funzioni la Giunta provinciale amministrativa che sarà istituita nell'ambito delle riforme crispine come « giudice » del contenzioso locale e, in formazione leggermente diversa, come organo di controllo.

⁽¹¹⁾ Mantellini utilizzava L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1869 ed il più recente *Le Conseil d'Etat et les recours pour excès de pouvoir*, in *Revue des deux mondes*, XLVIII (1878), troisième période, tm. 29, 1.re livraison, pp. 5-31. Sulla figura di Léon Aucoc basti rinviare a GIANNINI, *Profili storici del diritto amministrativo*, in *Studi Saresesi*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), p. 222. Per la progressiva estensione del ricorso per eccesso di potere nel sistema francese si veda CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la juridiction administrative et de l'administration active*, cit., pp. 177 e ss.

⁽¹²⁾ Cfr. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3°, cit., p. 339. Il giurista toscano si riferiva in particolare ai Consigli dei lavori pubblici, di guerra, di marina, della pubblica istruzione. Sul ruolo svolto da questi organi consultivi all'interno delle strutture amministrative si può vedere CARACCILO, *Stato e società civile*, cit., pp. 88 e ss.

sione della cognizione al merito dell'atto⁽¹³⁾ e la sostituzione del parere con una deliberazione definitiva avrebbero assicurato al ricorso al Re una rinnovata centralità fra gli strumenti di tutela del cittadino, avrebbero istituzionalizzato un tipo di controllo dell'attività amministrativa pian piano consolidatosi nel sistema di giurisdizione unica⁽¹⁴⁾.

Ci si muove in perfetta sintonia con le stesse strutture amministrative, s'interpreta una tendenza alla valorizzazione della capacità dello stesso apparato di garantire e tutelare gli interessi privati

⁽¹³⁾ Per quanto, secondo l'art. 9 n. 4 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. D, il Consiglio di Stato avesse competenza « su ricorsi fatti al re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi... », in realtà il controllo esercitato andava oltre i limiti della legalità dell'atto investendo la giustizia ed il merito del provvedimento: sul punto si veda lo stesso Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3^o, cit., p. 311, che riconosce espressamente l'estensione della cognizione alla « convenienza » dell'atto. Nello stesso senso anche gli studi di PIRAS, *Gli istituti di giustizia amministrativa in Italia*, cit., pp. 32 e ss.

⁽¹⁴⁾ Le proposte mantelliniane a questo proposito furono precisate in un disegno di legge elaborato nel corso della 1^a sessione della XV legislatura rimasto tuttavia in bozze di stampa e non presentato. Dal testo riportato in SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 475-8, emerge che la riforma si sarebbe incentrata sull'istituzione di un ricorso in via contenziosa al Consiglio di Stato, per la legittimità e il merito, contro alcune categorie di provvedimenti, di polizia, relativi alle opere stradali, concessioni, e in genere contro gli atti per i quali era previsto il ricorso gerarchico. Legittimava al ricorso oltre che un interesse individuale anche uno collettivo. Il progetto molto analitico scendeva poi a regolare i rapporti col giudice ordinario e con gli altri corpi amministrativi a cui si attribuiva potere deliberante o il potere di risolvere le questioni di discrezionalità tecnica insorte nel giudizio civile, e, derogando alla legge del 1877, riconduceva il mezzo straordinario del regolamento di competenza alle forme ordinarie.

Qualche cenno su questo progetto in GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 241; BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 600; STIPO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., pp. 296-7. Non c'è menzione del progetto invece in REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., un po' troppo orientato a negare ogni forma di tutela degli interessi privati nella sistemazione « autoritaria » del giurista toscano. Sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato relativa ai ricorsi al Re cfr. PIRAS, *Gli istituti di giustizia amministrativa in Italia*, cit., pp. 25 e ss.

che lo stesso Consiglio di Stato aveva più volte espressa nella sua giurisprudenza ⁽¹⁵⁾.

L'utilizzo disinvolto del diritto positivo, la costante preoccupazione di limitare le possibilità d'intervento del giudice ordinario nei fatti amministrativi, la tendenza autoritaria e « pubblicizzante » di Mantellini ⁽¹⁶⁾ — che, non si dimentichi, ricopriva in quegli anni la carica di Avvocato generale erariale — esprime dunque più che la voce della scienza giuridica, più che l'anticipazione di future ricostruzioni dogmatiche, un modello concettuale che l'amministrazione aveva strenuamente difeso contro i principi della legge del 1865, reintroduce nel dibattito, sul piano delle riforme, le interpretazioni restrittive che avevano caratterizzato la giurisprudenza sui conflitti del Consiglio di Stato, la propensione dell'amministrazione a spostare al proprio interno il fulcro della tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini.

Giustamente Antonio Salandra riscontrava ne *Lo Stato e il codice civile* la presenza di « troppe reminiscenze » ⁽¹⁷⁾: la difesa della indipendenza e della autonomia del potere amministrativo non discende da una lucida consapevolezza della crisi dello Stato liberale, dall'esigenza di potenziare le strutture istituzionali di fronte al dispiegarsi di fermenti disgregatori del tessuto sociale; Mantellini non può considerarsi partecipe di un progetto che, come quello di Mosca o di Turiello, individua nel primato dell'amministrazione la condizione essenziale per sopperire alla fragilità dello Stato unitario. Il suo disegno interpreta più semplicemente la persistente tendenza dell'apparato a difendere i propri spazi tradizionali di libertà, l'orientamento contrario sin dall'unificazione all'abolizione dei vecchi istituti del contenzioso ⁽¹⁸⁾.

Troviamo così in Mantellini un'impostazione poco disponibile a dar credito ai diffusi modelli del *Rechtsstaat*, poco ricettiva nei

⁽¹⁵⁾ Si cfr. cap. 1°/1^a pt. nota n. 47.

⁽¹⁶⁾ In questo senso D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 51 e ss.

⁽¹⁷⁾ SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 474.

⁽¹⁸⁾ « Al contenzioso amministrativo che non s'aboli, né potè abolirsi diasi un assetto istituzionale che ora non ha, e la giustizia amministrativa patirà minori offese, e se ne udiranno minori lagnanze » (MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3°, cit., p. 339).

confronti degli autori tedeschi, poco propensa ad un'estesa giuridificazione dell'attività amministrativa: la stessa ripetizione delle consuete lamentele contro le « ingerenze » dei partiti non testimonia tanto la ricerca di nuovi modelli politici quanto il rimpianto per la mancanza in Italia di un'amministrazione che sull'esempio di quella francese potesse « costituirsi con tanta saldezza da resistere ai continui rivolgimenti della politica »⁽¹⁹⁾.

Con il giurista toscano la « pubblicizzazione » recupera i toni e le forme del modello d'oltralpe, esprime indubbiamente un'interpretazione eversiva del sistema di giurisdizione unica, ripropone un tipo di tutela incentrato sul giudice speciale, ma la stessa convinta partecipazione al processo riformatore, se può testimoniare l'adesione alla centralità del giudice amministrativo, ne coglie tuttavia anche le potenzialità garantiste, mette in luce la novità e l'incisività dei poteri di cognizione che il *Conseil d'Etat* stava forgiando nella sua giurisprudenza pretoria: il tono autoritario, la consapevolezza che le garanzie nei confronti del potere amministrativo potessero sorgere soltanto dall'interno del potere, dagli strumenti di tutela apprestati dalla stessa amministrazione, non possono identificare immediatamente le soluzioni interpretative mantelliniane con i modelli amministrativi che emergeranno secondo ben altre prospettive di fondo nella seconda metà degli anni '90.

In Mantellini in certo qual modo la voce del passato, le linee teoriche degli oppositori del progetto abolitivo rivendicano la loro razionalità: il primato dell'amministrazione che pervade le pagine de *Lo Stato e il codice civile* è un primato che rimanda ad un'esperienza costituzionale che pure aveva affermato una solida centralità del Parlamento, una sicura primazia della legge: non sono gli apparati che rivendicano un diverso equilibrio costituzionale, non è l'amministrazione che reclama l'originalità del proprio potere, ma la specialità dell'azione amministrativa che esige strumenti di garanzia e di controllo differenziati da quelli dell'ordinamento comune.

Strenuo sostenitore della positività del modello del contenzioso, di un sistema istituzionale ritenuto più idoneo a difendere le esigenze dell'amministrazione ed i diritti dei cittadini, Mantellini non colora il primato dell'amministrazione di toni costituzionali,

(19) *Ibid.*, p. 335.

non dà voce giuridica alla preoccupata consapevolezza del conflitto tra Stato e società, alla necessità di rafforzare il potere e la sua autonomia, non mette in dubbio la sacralità della *volonté générale*: la sua scarsa dimestichezza con i temi del « germanismo », con la polemica antiparlamentare, con i tentativi di disegnare nuovi equilibri costituzionali dimostra che l'apologia dell'amministrazione tanto ridondante nelle sue pagine non si sviluppava sulla falsariga germanica del *monarchisches Prinzip*, ma proveniva da altri e consolidati modelli istituzionali.

Le « troppe reminiscenze » mantelliniane non possono tuttavia portare l'interprete a sottovalutare l'importanza che l'opera del giurista toscano ebbe sul processo che condusse alla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato: per il prestigio dell'autore — Mantellini aveva contribuito in misura determinante con i suoi volumi sui conflitti all'approvazione della legge del 1877 di cui era stato anche relatore alla Camera — e per l'incarico ricoperto, la necessità della riforma della legge del 1865 aveva trovato in Mantellini l'approvazione del tecnico di prestigio, del profondo conoscitore di cose amministrative, il dibattito sulla giustizia amministrativa una sicura ed autorevole conferma.

Lo Stato e il codice civile contribuiva in particolare a far emergere fra gli stessi giuristi la consapevolezza delle lacune della legge abolitiva del contenzioso, richiamava l'attenzione sull'esigenza di provvedere alla tutela di quegli « affari » lasciati al momento dell'unificazione in balia degli organi amministrativi.

Scaturivano così le prime « monografie sistematiche »⁽²⁰⁾ dedicate alla giustizia amministrativa, non più limitate come in passato alla funzione repertoriale di sistemazione della giurisprudenza relativa al riparto di competenze, ma tra critiche all'incompletezza e all'incertezza del sistema di giurisdizione unica e tentativi di delineare nuovi modelli di tutela ormai inserite direttamente nel dibattito.

Cresce l'insoddisfazione per un sistema che alla prova dei fatti ha registrato troppe controversie giurisprudenziali, ha provocato

(20) L'espressione è di SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 480, che ripercorre con molta puntualità le fonti giuridiche più vicine al movimento per la giustizia nell'amministrazione.

il proliferare dei conflitti, ha determinato la nascita di giurisdizioni speciali scarsamente coordinate con il principio di unicità del sindacato del giudice ordinario e di conseguenza si sviluppano le analisi comparative, s'intensifica lo studio dei modelli stranieri.

Si diffonde fra i giuristi l'ansia per una maggiore linearità e semplicità delle strutture istituzionali preposte al controllo dell'attività amministrativa: vediamo così in un volume di Demurtas Zichina dedicato proprio a Mantellini prender corpo la proposta di istituire in Italia dei tribunali amministrativi largamente ispirati alle linee delle riforme prussiane, di cui non a caso si pubblica in appendice il testo del *Kompetenzgesetz* del 1876 che aveva avuto il merito di aver distinto con grande precisione « gli affari amministrativi che dipendono dall'amministrazione pura da quelli che appartengono al Contenzioso »⁽²¹⁾. Il « germanismo » ha assunto in queste pagine motivazioni esclusivamente tecniche: per il giurista, che affannosamente cerca di rintracciare tra le sentenze della Corte di Cassazione e le decisioni del Consiglio di Stato una difficile coerenza nelle applicazioni pratiche della distinzione tra diritto e interesse, sono stavolta il criterio dell'enumerazione, la definizione legislativa della competenza del giudice amministrativo che hanno positivamente impressionato; il modello politico del *Rechts-*

(21) P. DEMURTAS ZICHINA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883, p. 304. Demurtas (Sassari 1845-1919) avvocato, professore di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione a Sassari, dal 1881 di procedura civile a Roma e quindi a Genova, era stato eletto deputato di Sassari nella XVII legislatura. (Notizie biografiche in *Enciclopedia biografica e bibliografica italiana*, Serie XLIII. *Ministri, deputati e senatori dal 1848 al 1922*, vol. 1°, cit., p. 347).

Il suo contributo al dibattito non è particolarmente originale, la stessa proposta di ricorrere al modello prussiano non è calata nell'ordinamento italiano, in una realtà istituzionale contraddistinta dall'esistenza di un sindacato sull'attività amministrativa già esercitato dal giudice ordinario, rimane tuttavia sintomatico delle diffuse insoddisfazioni per un sistema di tutela che nell'applicazione pratica si era rivelato troppo incerto e controverso.

Sulla legge prussiana del 26 luglio 1876 (e tradotta alle pp. 311 e ss. del volume) riguardante « die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbehörden » (c.d. *Kompetenzgesetz*) cfr. STUMP, *Preussische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 139 e ss.

staat rimane confinato sullo sfondo, filtrato appena da qualche citazione spaventiana.

Anche sul piano più strettamente giuridico erano comunque possibili interessanti sviluppi all'interno di un dibattito che registrava sempre nuovi consensi, ma anche nuove e sofisticate articolazioni: da un autore già da alcuni anni protagonista delle discussioni sul parlamentarismo, buon conoscitore delle fonti tedesche, intelligente sostenitore della bontà della costituzione inglese, Raffaele Cardon, dobbiamo un'importante ed aggiornata difesa del sistema di giurisdizione unica⁽²²⁾.

In uno studio per molti aspetti sintomatico di una letteratura giuridica, non particolarmente originale e quasi prevalentemente assorbita da lunghi e digressivi esami comparativi, la centralità del giudice ordinario viene riproposta come la soluzione preferibile dei problemi della giustizia amministrativa, il modello istituzionale col quale far fronte alle crescenti disfunzioni parlamentari.

Il volumetto non testimoniava soltanto l'esistenza di altre possibilità d'integrazione del sistema, probabilmente solo teoriche

(22) R. CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, Torino, 1884. Non molte le notizie biografiche su questo personaggio minore del movimento di riforma. Raffaele Cardon era entrato giovanissimo nella carriera diplomatica poi abbandonata per motivi di salute dopo aver raggiunto il grado di segretario di legazione. Collaboratore della *Nuova Antologia*, oltre al volume sopra citato, aveva al suo attivo un lavoro sulla genesi del governo di gabinetto in Inghilterra, *Del governo nella monarchia costituzionale*, Bologna, 1882, molto tributario delle considerazioni svolte da Giorgio Arcoleo l'anno precedente sullo stesso tema e nel quale, in modo ormai consueto, anglofilia e « germanismo » si fondevano in una critica severa della letteratura giuridica francese. Molto erudito e puntuale lo studio che Cardon pubblicò l'anno seguente sullo *Svolgimento storico della costituzione inglese dalle origini ai nostri giorni*, Torino, 1883, nel quale si potevano tuttavia leggere lucidi giudizi sulle modificazioni del sistema del *selfgovernment* determinatesi in Inghilterra nel corso dell'ottocento: « la riforma elettorale battè in breccia queste oligarchie e rese a tutti i cittadini la loro parte nel governo locale; se non che questi pel loro gran numero nol poteano esercitar direttamente ma solo per mezzo della rappresentanza » (p. 393). Conoscendo la scarsa propensione della letteratura giuridica a riconoscere la positività delle riforme inglesi dell'800 (*retro* cap. 2°/1^a pt., nota 34), questo giudizio di Cardon fortemente critico verso l'anacronismo oligarchico del modello del funzionario onorario, assume un rilievo non del tutto secondario. Cardon morì a Nizza nel 1884.

e accademiche giacché, sia a livello dottrinale sia a livello legislativo, ci si stava indirizzando verso una riforma delle attribuzioni del Consiglio di Stato, ma rappresentava attraverso un ennesimo episodio di recezione della scienza giuridica tedesca anche una convinta ripresa dei modelli dogmatici scelti dal legislatore dell'unificazione per dare veste giuridica ai rapporti tra amministrazione e cittadino.

La distinzione tra diritto e interesse trova in queste pagine una rinnovata conferma della propria validità, non più tuttavia sulla base dell'autorità di De Broglie o di Vivien ripetutamente invocati nelle discussioni parlamentari sulla abolizione del contenzioso per confortare le scelte legislative, ma su quella ben più recente di Otto von Sarwey⁽²³⁾.

Ritroviamo cioè in Cardon ricostruzioni sistematiche, definizioni, soluzioni concettuali direttamente tratte dalle pagine di *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege* di pochi anni prima⁽²⁴⁾, una paternità culturale tanto più significativa in quanto con Sarwey faceva il suo ingresso in Italia un modello teorico ed istituzionale fortemente differenziato da quello di Rudolf von Gneist.

In Sarwey abbiamo il tentativo di offrire un quadro della giustizia amministrativa non appesantito dalla minuta erudizione storica, dai gravi aspetti progettuali ed ideologici che erano propri delle opere di Gneist, una descrizione del fenomeno amministrativo consapevolmente incentrata sui rapporti tra Stato e cittadino, av-

⁽²³⁾ Già Salandra aveva notato come Cardon fosse stato in Italia il principale sostenitore dei modelli teorici di Otto von Sarwey (*La giustizia amministrativa*, cit., p. 482). Per la posizione assunta da Sarwey, sostenitore del modello sudtedesco ed in particolare del Württemberg, all'interno dei dibattiti sull'ordinamento della giustizia amministrativa in Germania cfr. W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen, 1968, pp. 30 e ss., forse troppo incline a sottovalutare le differenze, non solo teoriche, esistenti con le ricostruzioni di Gneist; si veda anche HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung*, cit., p. 629 e ss.

⁽²⁴⁾ O. v. SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880: il volume venne successivamente anche tradotto in italiano col titolo *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, 2ª serie, vol. VIII, Torino, 1902, pp. 517-1132. Citeremo dall'edizione italiana.

vertita dell'esistenza di una profonda tensione « fra le pretese dell'amministrazione alla propria libertà d'azione e la stabilità richiesta da una giurisdizione » (25).

La giurisdizione amministrativa rappresenta quindi una delle istituzioni portanti dello « Stato costituzionale » (26) avendo il compito di risolvere sulla base della norma il conflitto tra l'interesse pubblico e la sfera giuridica della volontà dell'individuo e di conseguenza essa non può che esercitarsi in presenza di un diritto soggettivo del cittadino. La giustizia amministrativa è per Sarwey concettualmente solo giurisdizione di diritto soggettivo, reclama l'indipendenza dei magistrati, può essere in linea di massima esercitata dagli stessi tribunali ordinari (27).

Molto meno preoccupato di Gneist di garantire alle strutture amministrative una fondamentale autonomia dalle « ingerenze » politiche, Sarwey riporta il problema della giustizia amministrativa nella dimensione naturale del rapporto tra Stato e cittadino, restituisce alla *Verwaltungsrechtspflege* la funzione essenziale, recisamente negata da Gneist, di « Klagschutz von Einzelrechten » (28), di strumento primario di tutela dei diritti pubblici soggettivi nei confronti dell'attività amministrativa.

La libertà dell'amministrazione rimaneva tuttavia un valore da salvaguardare, una condizione essenziale del raggiungimento dell'interesse pubblico: limiti sostanziosi venivano posti alla cognizione della giurisdizione amministrativa a tutela del potere discrezionale

(25) SARWEY, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 520.

(26) *Ibid.*, p. 641: « appunto perciò è un inutile tentativo quello di ricercare inizi di questa giurisdizione e analogie con essa in forme di diritto e di Stato le quali non si fondino sui principi dello Stato costituzionale ». La critica alle prolisse ricerche storiche con le quali Gneist cercava di legittimare un'origine germanica degli istituti della giustizia amministrativa non poteva essere più netta.

(27) *Ibid.*, pp. 570 e ss.. Questi fondamenti teorici vennero da Sarwey ribaditi in un'opera di poco più tarda, ma con orientamento molto più sistematico: *Allgemeines Verwaltungsrecht (aus Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts)*, Freiburg i.B., 1887, pp. 149 e ss. (una prima edizione, più ampia, dell'opera risale al 1884 — Freiburg i.B. und Tübingen —) e per la quale basti rinviare a STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre*, cit., p. 60.

(28) GNEIST, *Verwaltungsjurisdiktion, Verwaltungsjustiz*, in *Rechtswörterbuch*, hrsg. von F. v. Holzendorff, tm. 3°, vol. 2°, Leipzig, 1881, p. 1117.

dell'apparato, tanto più ampio quanto incompleto e lacunoso si presentava lo sviluppo del diritto amministrativo, ridotto lo spazio della norma nella disciplina dell'attività dell'amministrazione⁽²⁹⁾.

La stessa contrarietà all'elevazione allo *status* di diritti delle libertà civili del cittadino, per cui la tutela si limitava in questo caso al rispetto di « istruzioni speciali » rivolte direttamente al potere esecutivo⁽³⁰⁾, conferma il riguardo che un'impostazione pur fondamentalmente « soggettivistica » conservava per le esigenze del potere, per la discrezionalità imprescindibile delle scelte dell'apparato.

La peculiarità del modello di Sarwey consisteva quindi in una ricostruzione dogmatica che incasellava la giustizia amministrativa tra le coordinate teoriche dell'esercizio della funzione giurisdizionale e della cognizione sui diritti soggettivi del cittadino, individuando un sindacato delimitato dalla sfera negativa, ma corposa del potere discrezionale.

Non era allora privo di significato il fatto che la recezione in Italia di un simile modello concettuale fosse opera di un sostenitore del sistema di giurisdizione unica che riutilizzava certamente in modo poco originale e tralatizio le definizioni di Sarwey, ma che poteva poi concludere con una strenua difesa del giudice ordinario e della legge del 1865 che « con miglior criterio della francese e con maggior logica della prussiana »⁽³¹⁾ aveva evitato di distinguere tra diritti soggettivi privati e pubblici, affidandoli entrambi alla tutela della magistratura.

Scopriamo così nuovi motivi per spiegare la relativa fortuna che l'opera di Sarwey ebbe in Italia e per capire le ragioni per le quali i modelli alternativi di Gneist incontravano al contrario tanto successo.

La diffusione delle opere del giurista berlinese non derivava infatti esclusivamente dalle motivazioni politiche del dibattito: il modello di giurisdizione oggettiva non costituiva soltanto lo sbocco naturale di un'istituzione che doveva assicurare la giuridicità del « governo di partito » piuttosto che la tutela dell'interesse individuale, ma era nel suo complesso — perché costituiva parte inte-

(29) SARWEY, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., p. 576 e p. 601.

(30) *Ibid.*, p. 878.

(31) CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, cit., p. 232.

grante di un sistema di controlli esercitati dalla stessa amministrazione e non di un ordinamento giurisdizionale, perché tale controllo era tendenzialmente estensibile alla stessa discrezionalità amministrativa⁽³²⁾ — più congeniale al sistema italiano nel quale già esisteva un giudice istituzionalmente delegato alla tutela dei diritti individuali.

Il modello teorico della giurisdizione oggettiva era cioè funzionale sia al progetto globale del *Rechtsstaat* sia al tentativo di sviluppare le forme di tutela interne all'amministrazione che caratterizzava le proposte mantelliniane ed in fondo gli stessi disegni di legge, più volte presentati dal governo, di riforma delle attribuzioni del Consiglio di Stato.

Del resto l'intoccabilità delle competenze del giudice ordinario stabilite al momento dell'unificazione più volte ripetuta dal dibattito rendeva assai difficile che la sistemazione teorica di Sarwey riuscisse a coagulare in Italia sul concetto di diritto pubblico soggettivo una proposta autonoma che potesse garantire un fondamento dogmatico all'istituzione di una giurisdizione speciale.

I diffusi riconoscimenti alla natura « liberale » della scelta abolitiva del contenzioso, lo stesso consenso alla riforma manifestato dai vertici della magistratura, ma strettamente condizionato alla salvaguardia delle competenze del giudice ordinario nelle materie relative ai diritti civili e politici⁽³³⁾, confermavano che il completamento del sistema di giurisdizione unica sarebbe stato

(32) Cfr. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 595 che a proposito della contrapposizione in Germania tra modello prussiano e modello sud-tedesco, tra tendenze oggettivistiche e soggettivistiche, ricorda come « l'accentuazione soggettivistica della tutela limitava la cognizione del giudice alla legittimità formale del provvedimento amministrativo, mentre il contrario carattere obbiettivo della giurisdizione si accoppiava con una penetrazione dell'indagine giudiziale nella discrezionalità amministrativa ».

(33) Si veda in particolare quanto sosteneva il Procuratore generale della Corte di Cassazione di Roma DE FALCO, *Discorso pronunciato presso la Corte di Cassazione di Roma nell'assemblea generale del 3 gennaio 1884*, cit., p. 31: « io credo che il sostituire al ricorso gerarchico il ricorso in via contenziosa ad una speciale sezione del Consiglio di Stato, per le materie che, non concernendo diritti lesi, sono tolte alla cognizione del potere giudiziario, possa essere una salutare istituzione destinata a colmare quel vuoto lasciato dalla legge del 1865, che dà luogo ai più vivi reclami ».

attuato riconoscendo forma contenziosa ai ricorsi presentati contro gli atti amministrativi esclusi dalla competenza giudiziaria perché espressione dell'autonomia e del potere della pubblica amministrazione, ma per i quali difficilmente si sarebbe potuto ricorrere alla nozione di diritto pubblico soggettivo per delineare la posizione di vantaggio del ricorrente.

Lo schema di Sarwey, basato sull'inconciliabilità di diritto soggettivo e potere discrezionale, poteva allora essere utilizzato soltanto dai sostenitori del sistema di giurisdizione unica; poteva servire soltanto a chi come Cardon restituiva piena validità alla distinzione tra diritto e interesse, che ha « fondamento di distinzione naturale e scientifico generale »⁽³⁴⁾, riconfermava la necessità di distinguere tra giurisdizione e amministrazione pura, riproponeva la centralità del giudice ordinario come soluzione istituzionale ideale per risolvere i problemi posti dalle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione e da opporre a quel modello del giudice speciale che, per la diversa posizione delle parti nel processo amministrativo, lo stesso Sarwey aveva finito per preferire.

Riproporre i modelli teorici che reggevano il sistema di giurisdizione unica non voleva tuttavia implicare una sottovalutazione della necessità della riforma: nelle « guarentigie » offerte dall'articolo 3 nella sfera degli « affari » amministrativi la legge del 1865 si era dimostrata « insufficiente e difettosa »⁽³⁵⁾.

Occorreva pertanto aderire alla proposta di Mantellini realizzando anche nella « giurisdizione graziosa » una tutela più efficace, ma senza cadere nell'errore d'introdurre in Italia un « sistema ibrido »⁽³⁶⁾ dividendo le controversie contenziose tra due diverse giurisdizioni.

Rigorosamente distinti dovevano rimanere diritto e interesse, amministrazione contenziosa e amministrazione pura, mentre il fulcro della tutela doveva restare saldamente incentrato sul « diritto » e sulla corrispondente cognizione del giudice ordinario.

Non si nega l'esistenza del potere discrezionale che esprime quella « parte dispositiva » del diritto amministrativo direttamente

(34) CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, cit., p. 236.

(35) *Ibid.*, p. 255.

(36) *Ibid.*, p. 269.

rivolta alla salvaguardia dell'interesse pubblico e che costituisce pertanto un limite invalicabile per la competenza del giudice ordinario: l'estensione delle garanzie giuridiche del cittadino può essere possibile soltanto con l'erosione dell'arbitrio dell'amministrazione attraverso una progressiva estensione della determinazione legislativa, frutto del « progredire della legislazione e della vita politica »⁽³⁷⁾.

Una maggiore tutela dell'interesse privato poteva essere realizzata soltanto tramite il riconoscimento legislativo, attraverso l'elevazione dell'interesse materiale a diritto soggettivo e la parallela concessione dell'azione giudiziaria: s'invitava così il legislatore a percorrere una linea concettualmente alternativa a quella di Mantellini. Se ne *Lo Stato e il codice civile* la discrezionalità era assurta ad elemento peculiare ed irrinunciabile del potere amministrativo, aveva condizionato l'interpretazione dell'All. E e la decisa restrizione delle competenze del giudice ordinario, aveva indirizzato le proposte di riforma verso un sistema di tutela rigidamente interno alla pubblica amministrazione, in Cardon questa stessa discrezionalità incideva certo diversamente, ma in modo altrettanto determinante sul progetto riformatore.

Ritornava in primo piano il rapporto tra legge e amministrazione, tra la difficoltà della norma di coprire tutta l'attività amministrativa e la necessità di preservare il valore « costituzionale » dell'autonomia degli organi amministrativi. Ne conseguiva che, se da una parte nessuna difficoltà si poteva frapporre al perfezionamento degli strumenti di tutela interni all'apparato, dall'altra l'estensione delle competenze del giudice ordinario doveva di necessità derivare dalla limitazione della sfera di amministrazione pura attraverso il riconoscimento legislativo di nuove posizioni di vantaggio del cittadino.

In Mantellini dominava la logica del sistema francese, la drastica opposizione contro le intromissioni del giudice nei fatti amministrativi ed al tempo stesso la disponibilità ad una tutela più estesa e più penetrante nei confronti del potere della pubblica amministrazione. In Cardon prevalevano invece le motivazioni del sistema di giurisdizione unica vivificate dalla frequentazione delle più recenti

(37) *Ibid.*, p. 275.

fonti tedesche, un « soggettivismo » più aperto verso i diritti del singolo, ma necessariamente restio ad accentuare la profondità del controllo sull'attività amministrativa.

Sarebbe facile calcare le tinte e considerare la prima impostazione come autoritaria, la seconda come garantista, ma si finirebbe inevitabilmente per avere un quadro parziale di una realtà giuridica che indubbiamente registrava una pluralità di progetti istituzionali, di tendenze contrapposte, ma che era alla disperata ricerca di un punto medio tra l'indispensabile tutela della libertà del cittadino e l'incontrastabile autonomia della pubblica amministrazione.

Libertà del cittadino e libertà dell'amministrazione, diritto soggettivo e potere amministrativo rimanevano due dimensioni confliggenti, due realtà incomunicabili.

Lontanissimi dall'idea di far convergere trasformazione del potere e partecipazione del cittadino, valutazione dell'interesse pubblico e dell'interesse individuale⁽³⁸⁾, ci si indirizzava verso un perfezionamento degli strumenti di tutela⁽³⁹⁾ che aveva come fondamenti teorici il riconoscimento dell'autorità del potere e della marginalità dell'intervento del cittadino e che non poteva che accentuare la specialità del diritto relativo alla pubblica amministrazione, la posizione di supremazia dell'apparato.

(38) Sulla possibilità di un diverso rapporto tra Stato e cittadino, più paritario e giuridicamente controllabile, costruito a partire da una disciplina procedurale che assicurasse il contraddittorio tra amministrazione e cittadino, cfr. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VII (1972), pp. 1874-77; Id., *Il « rapporto amministrativo » nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 2°, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Roma, 1977, pp. 59-61.

(39) Per l'impossibilità che lo sviluppo del sistema di tutela fosse attuato attraverso un'estensione delle attribuzioni della magistratura ordinaria, si veda anche il discorso di G. LEPORINI, *Giustizia nell'amministrazione e giurisdizione amministrativa*, Macerata, 1887, per l'analisi del quale rinviamo a SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 485-7.

CAPITOLO QUINTO

VERSO UNA PRIMA SISTEMAZIONE GIURIDICA: IL DISCORSO INAUGURALE DI SILVIO SPAVENTA ALLA IV SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

Premessa. — 1. Le « ragioni » del legislatore. — 2. Tra potere discrezionale e giurisdizione a tipo oggettivo.

Premessa.

Con l'intervento dei giuristi il dibattito era giunto al culmine del proprio itinerario, aveva espresso la propria complessità, le molteplici, differenziate, talvolta confliggenti motivazioni politiche e giuridiche che lo avevano animato, aveva confermato l'urgenza e la necessità di una riforma degli istituti di giustizia amministrativa intorno alla quale era progressivamente cresciuto il consenso di professori e statisti, di magistrati e funzionari amministrativi.

L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, sviluppando le linee già tracciate negli scarni disegni di legge Crispi degli anni '70 ed articolate nei più complessi progetti Depretis, dando attuazione al disegno riformatore con cui Silvio Spaventa aveva concluso il suo discorso di Bergamo, interpretava la tendenza prevalente a perfezionare gli strumenti di tutela interni all'amministrazione, conservava inalterata la cognizione del giudice ordinario.

La legge n. 5992 del 31 marzo 1889 risultò così da una parte profondamente inserita in un più vasto *corpus* di riforme promosse da Francesco Crispi, all'interno di un generale processo di razionalizzazione e di potenziamento delle strutture dell'esecutivo e dell'amministrazione, reso possibile anche da una rinnovata coesione della classe dirigente ⁽¹⁾, dall'altra per la sua specificità tecnica

⁽¹⁾ Cfr. in particolare ROMANELLI, *Francesco Crispi e la riforma dello Stato nella svolta del 1887*, in *Quaderni storici*, VI (1971), 3, pp. 763-

esprisse una propria peculiare originalità, sintomo anche dei legami profondi che la riforma conservava con il panorama istituzionale dell'unificazione, in cui la IV sezione veniva a collocarsi, con i motivi che avevano caratterizzato il movimento per la « giustizia nell'amministrazione ».

La legge del 1889 rappresentò quindi una svolta fondamentale nella questione della giustizia amministrativa segnando anche cronologicamente il passaggio dalla ricchezza delle proposte e dei progetti politici, da quel dibattito sul parlamentarismo così pieno di fermenti e suggestioni diverse, ai difficili problemi della sistemazione teorica e dogmatica degli istituti di tutela amministrativa, all'inizio confusi in una complessa esegesi delle fonti normative, poi sempre più indirizzati verso la delineazione di una teoria generale dell'amministrazione e del diritto ad essa relativo.

Sopite almeno temporaneamente ⁽²⁾, dopo la svolta protezionistica del 1887 e l'avvento di Crispi al potere, le polemiche sul

834. Accanto alla legge istitutiva della IV sezione ed alla L. 1 maggio 1890, n. 683 che affidava alla Giunta provinciale amministrativa il contenzioso amministrativo locale, furono approvate: la L. 12 febbraio 1888 che attribuiva al governo piena discrezionalità nei riguardi del numero e dell'organizzazione dei ministeri, troncando così a favore dell'esecutivo un lungo dibattito sorto con l'abolizione del ministero di agricoltura nel dicembre 1877; la L. 30 dicembre 1888 contenente la nuova legge comunale e provinciale che concedeva l'elettività ai sindaci e ai presidenti delle deputazioni provinciali di comuni e province maggiori, ma che, rinsaldando attraverso il controllo il legame tra lo Stato e i corpi locali ed assimilando l'amministrazione locale al regime amministrativo statale, riconfermava la scelta del 1865 per l'accentramento e l'organizzazione gerarchica ed abbandonava le pur deboli proposte decentratrici emerse anche nel corso degli anni '80.

Sugli altri provvedimenti legislativi che completarono il processo riformatore crispino si veda RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit., pp. 1758-67; U. LEVRA, *Età crispina e crisi di fine secolo*, in *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, a cura di F. Levi, U. Levra, N. Tranfaglia, tm. I, Firenze, 1978, pp. 302-331.

⁽²⁾ Una ripresa molto sintomatica delle polemiche sul « parlamentarismo » si ebbe infatti con la caduta di Crispi nel 1896, che vide anche una nuova diffusione dei modelli amministrativi di Rudolf von Gneist riscontrabile in misura diversa negli *Elementi di scienza politica* di Mosca (su cui retro cap. 2°/1^a pt., nota 37), in I. SANTANGELO SPOTO, *La giustizia nell'amministrazione. La burocrazia e il governo parlamentare*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, 2^a serie, vol. VIII, Torino, 1902 (ma

parlamentarismo, acquietate provvisoriamente le ansie per la fragilità della classe dirigente e la debolezza delle strutture istituzionali, sfumarono anche i contorni « politici » che avevano contraddistinto la problematica della giustizia amministrativa: la parola passava in prima persona ai giuristi; alla capacità della scienza giuridica era affidato il compito di risolvere i difficili problemi tecnici connessi all'introduzione di un giudice amministrativo, ma anche quello di disegnare un « sistema » dei rapporti tra legge e amministrazione, tra Stato e cittadino, tra rappresentanza ed apparato.

Con l'istituzione della IV sezione il dibattito cambiava di segno, diventava appannaggio quasi esclusivo dei giuristi, la giustizia amministrativa ritornava ad essere un problema profondamente caratterizzato dalla propria tecnicità, dai difficili equilibri giurisprudenziali, dalle controverse scelte esegetiche, dalle prime ipotesi ricostruttive.

La « politicità » si cala nel giuridico, si fa più nascosta, coperta da grandi e piccole questioni interpretative, da scelte comunque legate alla rigidità della norma, ma sempre pronta a riemergere e a condizionare i modelli teorici della realtà istituzionale, ad influenzare indirizzi giurisprudenziali, a segnare i rapporti tra i poteri.

Ritroveremo così, specialmente a partire dalla seconda metà degli anni '90, esaurita la fase delle prime ed incerte interpretazioni, delle note a sentenza, dei minuti articoli esplicativi, contrapposizioni accentuate, nuovi conflitti tra primato del Parlamento e primato dell'amministrazione, tra apparato e cittadino, alla luce di una consapevolezza più o meno avvertita dei nuovi processi sociali ed economici che caratterizzavano lo Stato liberale sul finire del secolo.

Intorno al comune modello del *Rechtsstaat* si muoveranno concezioni dell'amministrazione assai differenziate, in cui scopriremo significative continuità con i contrasti che avevano animato

risalente al 1898), pp. 3 e ss., in FERRARIS, *Teoria del decentramento amministrativo*, Milano-Palermo, 1898, e nei tentativi riformatori di Antonio di Rudinì. Si confrontino a questo proposito oltre alla già ricordata ROSSI DORIA, *Per una storia del « decentramento conservatore »*, cit.; AQUARONE, *L'Italia giolittiana (1896-1915)*, vol. I, *Le premesse politiche ed economiche*, Bologna, 1981, pp. 76 e ss. e cfr. anche *infra* pp. 287-9.

il dibattito sul parlamentarismo e che finiranno per incidere in misura rilevante sulle stesse ricostruzioni teoriche della giustizia amministrativa, sugli equilibri tra giudice ordinario e amministrativo.

Di fronte a nuove esigenze, di fronte a nuovi motivi concettuali, il problema della giustizia amministrativa costituirà ancora una volta il punto d'incontro e di scontro tra autorità e libertà, tra istituzioni e cittadino, il momento politico e giuridico su cui verificare il ruolo dello Stato e dell'amministrazione, la capacità della società liberale di mantenere inalterata la propria razionalità.

1. *Le « ragioni » del legislatore.*

Il passaggio dalla fase progettuale al momento più squisitamente giuridico dell'evoluzione della giustizia amministrativa fu scandito da due documenti, diversi per collocazione istituzionale, ma entrambi particolarmente importanti e significativi: la relazione dell'Ufficio centrale del Senato al progetto Crispi di modificazione della legge sul Consiglio di Stato ed il discorso col quale Silvio Spaventa doveva inaugurare i lavori della IV sezione.

Da una parte la volontà del legislatore, dall'altra la voce di uno dei più illustri protagonisti del dibattito, ora però nella nuova e prestigiosa funzione di primo presidente della IV sezione, esprimevano le motivazioni della riforma, cercavano di offrire, tra gli echi delle discussioni degli anni '80 e la nuova realtà istituzionale, una prima formalizzazione dei modelli concettuali della giustizia amministrativa, un quadro dei difficili rapporti con quegli altri modelli, prevalsi al momento dell'unificazione, e che pure si erano voluti integralmente mantenere.

Abbandonata la prospettiva, emersa nel corso del dibattito, ma per lo più genericamente manifestata, d'istituire un tribunale amministrativo con conseguente totale revisione dei rapporti col giudice ordinario, non avendo avuto concreti sviluppi legislativi la proposta di consolidare il primato del sindacato esercitato dalla magistratura, la riforma si muoveva prudentemente ancora nell'orizzonte teorico nel quale era stata approvata la legge del 1865, preoccupata di non alterare le competenze del giudice ordinario, ma anche molto cauta nell'evitare di « lasciare l'amministrazione in

balia di una riforma »⁽³⁾ che, troppo lesiva dell'autonomia dell'apparato, limitasse eccessivamente la necessaria libertà dell'azione amministrativa.

L'istituzione della IV sezione, lungi dal rappresentare un'innovazione rivoluzionaria nelle strutture dell'amministrazione, veniva presentata nella relazione Costa come il logico perfezionamento della tutela di quegli interessi che la legge del 1865 aveva privato delle garanzie assicurate dai tribunali del contenzioso, come la realizzazione concreta delle ragioni che gli « oppositori », primo fra tutti lo stesso Crispi, avevano cercato invano di far valere nelle discussioni parlamentari sull'allegato E.

Frutto di un potenziamento degli strumenti di tutela interni all'amministrazione la IV sezione avrebbe rappresentato un « corpo deliberante » rigorosamente inserito nella sfera del potere esecutivo⁽⁴⁾, un ordinamento che la stessa amministrazione predisponneva nell'indeterminata regione dell'« interesse » per difendere generiche utilità del cittadino non assurde allo *status* di diritti civili e politici, ma essenzialmente per garantire lo stesso apparato dall'arbitrio del partito al governo, per assicurare una necessaria difesa dell'autorità: liberata dalle accuse di « indebite ingerenze », l'am-

(3) *Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Documenti. Stampato N. 6-A, Relazione dell'Ufficio centrale sul progetto di legge presentato dal Presidente del Consiglio, Ministro dell'Interno nella tornata del 22 novembre 1887, Modificazioni della legge sul Consiglio di Stato*, p. 13.

Relatore fu Giacomo Giuseppe Costa, che, già segretario generale del ministero di Grazia e giustizia nell'ultimo governo Minghetti, a sua volta ministro della giustizia nel secondo governo Di Rudini, aveva sostituito nella carica di avvocato generale erariale proprio Giuseppe Mantellini. Per più complete notizie biografiche cfr. T. SARTI, *Il parlamento subalpino e nazionale. Profili e cenni biografici di tutti i deputati e senatori eletti e creati dal 1848 al 1890*, Terni, 1890, pp. 320-1.

(4) Così il progetto presentato da Crispi il 22 novembre 1887 *Modificazioni della legge sul Consiglio di Stato*, in *Atti parlamentari*, cit., *Stampato N. 6*, p. 2. A p. 1 si precisava in modo anche più esplicito che « il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale od eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gl'interessi dei cittadini ».

ministrazione avrebbe potuto « procedere più libera, più sicura, più autorevole all'adempimento della sua missione »⁽⁵⁾.

Si recuperavano così le motivazioni profonde del dibattito sulla giustizia amministrativa, ritornavano in primo piano le consuete argomentazioni sull'instabilità dei governi parlamentari, i delicati dosaggi tra estensione delle garanzie giuridiche del cittadino e difesa dell'indipendenza dell'amministrazione.

La relazione confermava motivi politici e giuridici già presenti nelle discussioni degli anni '80; con particolare chiarezza emergeva la convinzione che la riforma non veniva attuata per tutelare situazioni soggettive del cittadino diverse dal diritto, che fossero tuttavia rilevanti giuridicamente, ma per rendere possibili nell'ampia sfera di azione del potere, nel conflitto tra interesse privato e interesse generale, strumenti di verifica che preservassero in primo luogo il potere stesso, che realizzassero, attraverso una maggiore indipendenza dalla precarietà dell'istanza politica, un consolidamento dell'autorità, una rinnovata capacità delle istituzioni e dell'amministrazione di riproporsi come garanti essenziali della stabilità della società liberale.

La relazione prudentemente rispettosa delle esigenze del potere amministrativo, attaccata a strumentari concettuali antiquati, non riusciva ad offrire soluzioni interpretative nette e ben definite della riforma, dedicava soltanto pochi fuggevoli cenni ai difficili rapporti che si sarebbero venuti a creare tra magistratura ordinaria e IV sezione, alla natura della tutela esercitata dalla nuova istituzione.

La preoccupazione prevalente è quella di individuare forme di garanzia della giustizia amministrativa che siano in modo precipuo consone alla « costituzione organica della pubblica amministrazione,

(5) *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 8. Si vedano anche le osservazioni di RUFFILLI, *Problemi dell'organizzazione amministrativa nell'Italia liberale*, cit., p. 718, secondo il quale con l'istituzione della IV sezione si ricercò anche una « 'indipendenza' dell'Esecutivo dalle ingerenze del Legislativo e dei 'partiti', così da rendere possibile l'azione autonoma del primo, la sua guida dall'alto della società italiana, in vista di una razionalizzazione dell'ascesa delle forze subordinate, che lasciasse intatta nell'essenziale l'egemonia moderata e borghese ».

ai criteri che informano l'esercizio delle sue attribuzioni ed alle particolari funzioni che le spettano nella missione dello Stato » (6).

L'allargamento delle garanzie giuridiche del cittadino è attuato con estrema circospezione: la distinzione del 1865 tra diritto e interesse, tra sindacato del giudice ordinario e amministrazione pura ha condizionato in modo rilevante le stesse prospettive di completamento del sistema. Le categorie concettuali sono ancora quelle prevalse al momento dell'unificazione: la residualità della posizione del cittadino, la marginalità dell'interesse privato in una riforma che ha come scopo principale quello di assicurare maggiore linearità ed efficacia all'esercizio dell'autorità, si spiega anche col fatto che la IV sezione viene ad occupare uno spazio all'interno dell'indipendenza del potere, dell'amministrazione pura, in una sfera che aveva rappresentato l'espressione dell'indispensabile libertà d'azione degli apparati e di fronte alla quale il sindacato del giudice ordinario si era necessariamente arrestato.

L'idea di apprestare delle forme di difesa per situazioni di vantaggio del cittadino diverse dal diritto soggettivo è dunque estranea alla mentalità del legislatore, come lo era stata alle motivazioni dell'intero dibattito (7).

Se negli anni '80 l'attenzione si era concentrata sulla ricerca di più sicuri equilibri tra i poteri, se il problema della giustizia amministrativa aveva costituito un momento tecnicamente ben definito, ma particolare di un disegno che al di là delle proprie articolazioni interne aveva cercato di realizzare una struttura più salda dell'amministrazione, un potenziamento del polo istituzionale nella dinamica politica e sociale, ora che dalla fase progettuale dei « rimedi » si passava a quella giuridicamente più condizionata delle scelte legislative non solo venivano a galla i legami concettuali col sistema inaugurato nel 1865, ma prevalevano soluzioni teoriche ed istituzionali della giustizia amministrativa fortemente squili-

(6) *Ibid.*, p. 8.

(7) In questo senso anche il giudizio di GIANNINI-PIRAS, *Giurisdi-
zione amministrativa*, cit., p. 243, secondo i quali « è da escludere che fosse
in qualche modo presente l'idea che queste posizioni d'interesse potessero
identificarsi con situazioni giuridiche materialmente protette, di genere di-
verso dai diritti ».

brate a favore del potere e che tenevano conto in primo luogo delle esigenze dell'autorità.

Il modello ricostruttivo offerto dalla relazione rappresenta in questo senso una compiuta formalizzazione delle motivazioni del dibattito: certo, la tematica della giustizia amministrativa ha recuperato la propria autonomia tecnico giuridica, si sono sciolti i fili che la legavano al decentramento, ai funzionari onorari, che la rendevano parte integrante del progetto complessivo del « governo giuridico ». Del grande retroterra della letteratura sul parlamentarismo, che aveva fatto da sfondo alla crescente consapevolezza dell'esistenza di nuove esigenze di tutela amministrativa, rimane soltanto un'eco, sensibile ma lontana: i problemi della stabilità delle istituzioni, degli equilibri tra i poteri sono già risolti, almeno per il momento, a monte delle scelte legislative, nell'autoritarismo carismatico di Crispi, nella rinnovata coesione della classe dirigente formatasi intorno al tema centrale dello sviluppo economico, del ruolo dello Stato, del protezionismo. Di questo panorama generale la legge istitutiva della IV sezione viene a rappresentare più che una condizione una conferma sul piano istituzionale, interpreta il nuovo ruolo assegnato alle strutture amministrative, all'efficienza ed alla stabilità dell'apparato.

Lo scarso interesse che la legge e la relazione dimostravano per gli aspetti soggettivistici della tutela diventava quindi la logica conclusione del dibattito, il necessario sviluppo dei presupposti politici e giuridici dai quali si era mosso il movimento per la giustizia nell'amministrazione.

Le insistenti affermazioni sulla natura amministrativa della IV sezione, sul fatto che questa rappresentava un'istituzione all'interno del potere esecutivo e per il potere esecutivo, non esprimevano soltanto le prudenti valutazioni del legislatore preoccupato di non suscitare apprensioni nella magistratura ordinaria e nei sostenitori dei principi che reggevano il sistema di giurisdizione unica, ma dipendevano sia dal fatto che la nuova sezione del Consiglio di Stato avrebbe avuto una competenza relativa agli « affari » amministrativi, per i quali già a livello teorico concettuale sembrava impossibile l'idea stessa di magistratura, sia dalla constatazione che in questi casi avrebbe prevalso il « criterio politico », una considerazione prevalentemente rivolta all'apprezzamento dell'interesse

pubblico, una revisione che la stessa amministrazione avrebbe assicurato della giuridicità e dell'opportunità del proprio operato.

Quel poco che la legge concede agli interessi privati, « meri interessi necessariamente coordinati agli interessi generali nei quali vanno a confondersi »⁽⁸⁾, serve in realtà allo stesso potere per azionare il controllo, per far scattare il meccanismo di verifica interna dell'azione amministrativa, per accertare il raggiungimento dell'interesse pubblico.

S'interpreta quindi l'esigenza di sviluppare le garanzie già previste dall'art. 3 della legge del 1865 per le controversie escluse dal sindacato del giudice ordinario, già manifestata nelle discussioni parlamentari del giugno 1864, messa a tacere dal prevalere dell'ideologia abolitiva, riemersa di contro alle tendenze fortemente restrittive della competenza della magistratura che erano state proprie della giurisprudenza del Consiglio di Stato sui conflitti, un'esigenza sviluppatasi in particolare nel corso degli anni '80 all'interno di un progetto complessivo di potenziamento delle strutture istituzionali. E contemporaneamente s'interpreta il fatto che questo stesso progetto aveva considerato il problema della giustizia amministrativa non tanto come una vicenda di relazione tra Stato e cittadino, ma come « rimedio » alle degenerazioni parlamentaristiche, come strumento essenziale per salvare le istituzioni dall'instabilità della politica, per isolarle dalle tensioni crescenti nella società civile, per farne un sicuro baluardo della continuità dello Stato liberale.

Non mancano, è naturale, anche motivazioni garantiste: la riforma, rappresentando un perfezionamento degli strumenti di tutela esistenti, assicura anche una migliore protezione dell'interesse privato, sia pure in modo occasionale ed indiretto, offre al cittadino la possibilità di azionare mezzi più sofisticati di controllo dell'attività amministrativa, introduce un « giudizio » contenzioso all'interno del potere della pubblica amministrazione.

Autorità e libertà sono ancora una volta alla ricerca di un momento di sintesi, di un punto d'incontro che medi esigenze del cittadino e dell'amministrazione, interesse pubblico e privato. Ma

(8) *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 7.

è il polo autoritario a risultare prevalente: la legge conferma l'esistenza di ampie sfere di attività amministrativa che non si possono aprire alla cognizione del giudice di diritto comune, sanziona equilibri giurisprudenziali assai rispettosi dell'indipendenza del potere, introduce un giudice che tutelerà un « qualcosa » che appartiene alla soggettività dell'individuo, ma sempre in funzione di un'intocabile autonomia dell'amministrazione⁽⁹⁾.

Tuttavia, sia perché la legge si affidava ad incerte clausole generali⁽¹⁰⁾, sia perché la relazione prudentemente non assumeva posizioni definite⁽¹¹⁾, sostanzialmente indeterminato rimaneva l'equilibrio tra IV sezione e giudice ordinario, oscuro l'oggetto della tutela che la nuova istituzione avrebbe garantito.

La stessa razionalità globale del sistema finiva per dipendere dalle scelte interpretative lasciate necessariamente alla giurisprudenza ed alla scienza giuridica: la relazione ancora legata al principio di unicità della giurisdizione, ancorata all'idea di sviluppare forme di controllo interne all'amministrazione, non aveva contestato la centralità del giudice ordinario nell'ordinamento della tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, il pri-

(9) BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 601: « più che creare un giudice dei rapporti tra amministrazione e cittadino, si è creato un giudice dentro l'amministrazione, affinché ne garantisse la legalità. La posizione reciproca dell'amministrazione e del cittadino è stata assunta in modo tale che quest'ultimo potesse difendere se stesso solo difendendo l'amministrazione dalle arbitrarie intromissioni del potere politico ».

(10) Si consideri la formulazione di quella che oggi è la competenza generale di legittimità del Consiglio di Stato, prevista dall'articolo 3 della legge istitutiva della IV Sezione (corrispondente attualmente all'art. 26 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) a proposito della quale già SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *La politica della Destra*, cit., p. 456 in nota, osservava: « questa formula non è senza difficoltà e potrà dar luogo a molte dubbiezze tra le due competenze » (del giudice ordinario e della nuova istituzione cioè).

(11) La relazione infatti parlava in modo sostanzialmente eclettico di « magistrato amministrativo, che trae la propria origine e svolge l'azione sua nell'ambito del potere esecutivo » (p. 6), di « suprema giurisdizione amministrativa atta a garantire, nel pubblico e nel privato interesse, la giustizia nell'amministrazione » (p. 7).

mato, sia pure in molti settori fortemente compromesso, del « diritto civile e politico » (12).

Complesse decisioni creative si aprivano alla discrezionalità dell'interprete, stretto tra due clausole generali non facilmente contemperabili (13), chiamato a fissare equilibri istituzionali, a scegliere tra centralità del giudice ordinario e primato del nuovo giudice amministrativo. L'esegesi delle norme avrebbe così presto lasciato il posto ad alternative interpretative che dovevano di necessità investire gli stessi rapporti tra legge e amministrazione, tra rappresentanza ed apparato, affrontare la delimitazione dei principi generali del diritto amministrativo.

Del resto neanche il dibattito parlamentare offrì particolari occasioni di approfondimento delle scelte legislative, momenti di riflessione e di discussione che fossero soltanto paragonabili alle lunghe ed intense tornate dedicate all'abolizione del contenzioso: il dibattito sulla legge Crispi fu sufficientemente rapido, segnato da pochi interventi, sostanzialmente adesivo alle soluzioni del progetto (14).

(12) La Relazione pur riconoscendo l'« opera ardua », non solo per le intrinseche difficoltà tecniche, « ma ben anco per la lotta che si va tenacemente combattendo fra le opposte tendenze, diretta l'una a restringer e l'altra ad estendere la sfera d'azione dell'amministrazione pura », con cui Consiglio di Stato prima e Corte di Cassazione poi avevano cercato di precisare i confini della competenza del giudice ordinario, pur rilevando la presenza di gravi e frequenti incertezze in materia di riparto, rinunciò a definire con maggior esattezza i rapporti tra magistratura e IV sezione: « non è in questa relazione che di ciò è d'uopo discorrere; avvegnaché sia chiaro l'intendimento del progetto cui essa si riferisce e fermo il proposito dell'Ufficio centrale di non recare alcuna modificazione a questa parte della legge del 1865, di riaffermarne i principi, di studiare nuovi congegni atti ad assicurare che, nel campo pratico, essa possa conseguire una attuazione veramente efficace » (pp. 3-4).

(13) L'articolo 2 dell'All. E e l'articolo 3 della legge istitutiva della IV sezione.

(14) La discussione generale sul progetto al Senato si esaurì in due tornate (20 e 21 marzo 1888), mentre alla Camera, che discusse il progetto nel febbraio del 1889, si passò quasi immediatamente alla discussione dei singoli articoli.

Un'analitica ricostruzione dell'iter legislativo del disegno di legge Crispi è in SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 498.

Una sola voce di un certo rilievo si levò nelle aule del Senato a contestare l'opportunità e la legittimità della riforma, a reclamare diverse soluzioni istituzionali: il compito di un'estrema difesa delle « ragioni » del sistema di giurisdizione unica fu infatti assunto quasi esclusivamente dal senatore Augusto Pierantoni, vecchio garibaldino con buona preparazione giuridica, professore di diritto internazionale, genero di uno dei padri della legge del 1865⁽¹⁵⁾.

Ed il suo è un intervento vibrante, duramente e lucidamente critico contro quella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in parte seguita anche dalla Corte di Cassazione, che ha ridotto « a brevissimi termini » la competenza del giudice ordinario, un intervento che riproponeva un modello di amministrazione fortemente caratterizzato dalla supremazia della legge e del potere giudiziario⁽¹⁶⁾.

Pierantoni recuperava le posizioni minoritarie emerse nel dibattito degli anni '80, la prospettiva di « una maggiore reintegrazione del potere giudiziario »⁽¹⁷⁾, esprimeva la preoccupazione per una legge che richiamava « l'onnipotenza del potere amministrativo », che rischiava di innescare gravi conflitti tra magistratura e IV sezione, di « conculcare » le già precarie situazioni soggettive dei cittadini⁽¹⁸⁾.

L'alternativa proposta è tuttavia ormai fuori della realtà; contrasta con le motivazioni del dibattito, con i tentativi che ricercano nell'imparzialità amministrativa una garanzia d'indipendenza della stessa amministrazione, cozza contro una giurisprudenza consolidata che anche dopo dieci anni di decisioni della Corte di Cassazione

⁽¹⁵⁾ Su Augusto Pierantoni cfr. SARTI, *Il parlamento subalpino e nazionale*, cit., pp. 763-4. Professore di diritto internazionale a Modena e quindi a Napoli e a Roma, Pierantoni aveva sposato la figlia maggiore di Pasquale Stanislao Mancini.

⁽¹⁶⁾ *Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni*, Tornata del 20 marzo 1888, p. 1168. Ed a p. 1163: « l'Amministrazione non ha mandati illimitati: i suoi poteri sono circoscritti dal proprio ufficio o dalle leggi, che istituiscono, distribuiscono e regolano l'esercizio degli uffici amministrativi. Ogni eccesso di limiti o lesione di legge doveva essere un'azione di *diritto lesa*, perché l'azione giudiziale scaturisce dalla violazione del diritto dichiarato dalla legge ».

⁽¹⁷⁾ *Atti parlamentari*, cit., Tornata del 21 marzo 1888, p. 1182.

⁽¹⁸⁾ *Atti parlamentari*, cit., Tornata del 20 marzo 1888, p. 1174.

sui conflitti riserva all'amministrazione pura ampie sfere di controversie.

Tra una sostanziale continuità con gli equilibri fissati nel sistema di giurisdizione unica ed una completa adesione ai motivi « politici » del movimento per la giustizia nell'amministrazione, ci si avviava verso un modello dualistico dagli incerti profili, indubbiamente originale, ma compromesso da troppe contraddizioni irrisolte, da troppe tensioni non sopite.

Giurisprudenza e scienza giuridica nelle rispettive funzioni avrebbero presto dovuto assumere il compito di disegnare le linee complessive della nuova realtà istituzionale, sciogliere dilemmi interpretativi, garantire al sistema di tutela una propria interna razionalità.

2. *Tra potere discrezionale e giurisdizione a tipo oggettivo.*

La prima significativa ricostruzione teorica della riforma si deve ad uno dei protagonisti del dibattito degli anni '80, a Silvio Spaventa che, nominato da Crispi presidente della IV sezione, stilò un discorso inaugurale che rimase tuttavia incompleto e non fu pronunciato perché i lavori della nuova istituzione iniziarono in forma non solenne.

Il discorso rimasto tra le carte spaventiane e pubblicato diversi anni più tardi nel primo numero della *Rivista di diritto pubblico* ⁽¹⁹⁾, non poté rappresentare una fonte immediata dei primi interventi interpretativi dei giuristi ⁽²⁰⁾, ma ciò nonostante resta una tappa essenziale nell'evoluzione della giustizia amministrativa, costituisce un documento estremamente sintomatico del momento di passaggio segnato dalla legge Crispi, rivolto da una parte verso le

⁽¹⁹⁾ Il discorso risale presumibilmente al 1890 — i lavori della IV sezione iniziarono infatti il 13 marzo 1890 —, ma fu pubblicato soltanto nel 1909, nel primo numero della *Rivista di diritto pubblico*, da Raffaello Ricci, uno dei protagonisti delle conversazioni serali tenute nella casa romana di Silvio Spaventa e dedicate ai grandi problemi costituzionali e amministrativi. Su quest'ultimo punto cfr. E. CROCE, *Silvio Spaventa*, cit., p. 267.

⁽²⁰⁾ Ritroviamo tuttavia un'eco sensibile delle formulazioni teoriche spaventiane della giustizia amministrativa in alcuni importanti articoli di Alfredo Codacci Pisanelli che analizzeremo nei prossimi capitoli.

origini del movimento e le sue motivazioni, dall'altra verso una prima formulazione di una teoria giuridica del processo amministrativo, della posizione costituzionale della IV sezione.

Siamo di fronte ad un discorso molto diverso da quello che Spaventa aveva tenuto a Bergamo circa dieci anni prima: se allora il problema della giustizia amministrativa era stato calato ben all'interno di una vicenda generale, di una prospettiva globale di riforma delle istituzioni e degli equilibri tra amministrazione e politica, ora dominano invece le problematiche tecnico giuridiche, i profili interpretativi, la ricerca di un quadro teorico dogmatico in cui inserire la nuova istituzione.

Sfuma la grande questione del parlamentarismo mentre le preoccupazioni dieci anni prima prevalenti, per l'instabilità del « governo di partito », si sono ormai tradotte in un'analisi più legata alla norma, completamente inserita nella dimensione istituzionale: il « germanismo amministrativo » è sceso sul terreno giuridico, il progetto del *Rechtsstaat* si confronta con i problemi della discrezionalità del potere amministrativo, dell'interpretazione del sistema di giurisdizione unica, della definizione dogmatica della natura e della competenza della IV sezione.

Il modello ricostruttivo che emerge — la giustizia amministrativa come giurisdizione a tipo oggettivo —, lo spazio che si assegna alla nuova istituzione, la funzione che questa viene ad esercitare all'interno delle strutture amministrative, esprimono compiutamente la formalizzazione delle motivazioni del dibattito, la preoccupazione per l'uso non imparziale del potere, l'esigenza di assicurare delle forme di tutela anche nella sfera di amministrazione pura.

Tutta l'argomentazione spaventiana ruota intorno al concetto di discrezionalità: per la prima volta con chiarezza e lucidità si scende ad esaminare i rapporti tra norma oggettiva e diritto soggettivo, tra legge e amministrazione.

Si sviluppa un concetto di discrezionalità particolarmente significativo che interpreta in modo rigoroso il modello spaventiano, quella peculiare combinazione tra fedeltà al primato del Parlamento, della legge, della norma e consapevolezza di un necessario consolidamento delle strutture amministrative che aveva già caratterizzato l'ormai lontano discorso di Bergamo.

Il disegno teorico ricostruttivo proposto non conduce ad una sostituzione dei principi sanciti nel 1865, alla negazione della centralità del giudice ordinario nel sistema, non sintetizza un modello istituzionale rigidamente ancorato al primato dell'amministrazione, ma se riconosce, valutati gli equilibri giurisprudenziali esistenti nel sistema di giurisdizione unica, le concettualizzazioni diffuse nella scienza giuridica, l'autonomia del potere amministrativo, la residualità della posizione del cittadino all'interno delle manifestazioni di autorità, non per questo conduce ad una generale supremazia dell'apparato nei rapporti tra i poteri e nei confronti delle situazioni soggettive dei cittadini.

L'esistenza di spazi di discrezionalità, di « libera estimazione dell'autorità pubblica », nei rapporti tra legge ed amministrazione non discende dalla posizione del potere amministrativo, da una sorta di « necessità » dell'apparato o dalla sua capacità di preesistere al dettato normativo ⁽²¹⁾, ma dall'impossibilità della legge di tutto prevedere, di tutto regolare.

La discrezionalità in queste pagine non evoca nessun primato dell'amministrazione, esprime soltanto una necessaria libertà di valutazione dell'opportunità e della convenienza degli atti, la presenza di spazi liberi creati dall'indeterminatezza della norma giuridica.

Il sistema di giurisdizione unica si è dimostrato inadatto ad una protezione integrale degli interessi privati, non ha potuto garantire in particolare una verifica dell'attività amministrativa in grado di scendere sino alla discrezionalità del potere, proprio perché i rapporti tra Stato e cittadino non sono compiutamente regolati dalla legge, i ricorsi contro gli atti amministrativi non costituiscono sempre una « questione giuridica », il diritto oggettivo non può tradursi immediatamente in altrettanti diritti soggettivi, l'attività amministrativa ridursi esclusivamente a pura esecuzione di legge ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Sulla base di questi principi la scienza giuridica cercherà invece, tra la fine degli anni '90 e l'inizio del novecento, di costruire un « sistema » del diritto amministrativo strettamente ancorato ad un rigido primato dell'amministrazione.

⁽²²⁾ SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, cit., pp. 439 e ss. Nel sistema di giurisdizione unica l'« indeterminatezza della norma contenuta in molte delle nostre leggi amministrative, le quali alle facoltà date all'amministrazione sui beni e la volontà dei

Si capiscono meglio allora le preoccupazioni per un uso arbitrario delle facoltà amministrative, sottovalutate dal legislatore dell'unificazione che si era limitato a riconoscere il sindacato del giudice ordinario nelle ipotesi di lesione di diritti civili e politici; le motivazioni della battaglia per la « giustizia nell'amministrazione » acquistano sensibili coloriture giuridiche, si calano nelle lacune del sistema di giurisdizione unica.

Si svelano anche significative continuità con le costruzioni teoriche della scienza giuridica, con le proposte del dibattito: la discrezionalità, la libertà del potere aveva rappresentato sin dal 1865 un valore da tutelare, un cardine ineliminabile — si pensi alle pagine dello stesso Lorenzo Meucci, uno dei più sensibili sostenitori delle prerogative della magistratura ⁽²³⁾ — intorno al quale costruire il riparto di competenze tra giudice ordinario ed amministrazione.

Le stesse proposte d'integrazione del sistema, sia che ci si fosse indirizzati verso una revisione delle leggi amministrative, sia che si fosse suggerita l'elevazione a diritti soggettivi tutelati dalla legge di interessi meritevoli non protetti, sia che si fossero valorizzati i profili di tutela interni alla stessa amministrazione, oppure che in altra direzione si fosse vagheggiata l'idea di una codificazione del diritto amministrativo, costituivano in primo luogo un tentativo di giuridicizzare la sfera di amministrazione pura sicuramente consapevole delle esigenze di autonomia dell'apparato, ma anche indubbiamente propenso a stabilire vincoli più certi all'arbitrio amministrativo ⁽²⁴⁾.

privati lasciano così lati e poco certi confini », ha reso « impossibile la costruzione d'un diritto soggettivo di ragion pubblica » (p. 443).

⁽²³⁾ Cfr. *retro* pp. 63-68.

⁽²⁴⁾ Cfr. rispettivamente SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., pp. 69-71; CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, cit., pp. 274-6; MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. 3^o, cit., p. 339. Per i problemi relativi alle proposte di codificazione del diritto amministrativo cfr. MOZZARELLI-NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 1116 e ss.

Particolarmente significativo dei difficili rapporti tra diritto e amministrazione è il caso di Mantellini che, pur rifiutando la possibilità di un « codice » perché contrario alle esigenze del potere amministrativo ed alla necessaria politicità e discrezionalità dell'agire della pubblica amministrazione e pur escludendo, per gli stessi motivi, qualsiasi estensione della

La stessa analisi che Spaventa conduceva nel discorso inaugurale sui rapporti tra giudice ordinario ed amministrazione nel sistema di giurisdizione unica confermava che proprio di fronte ad ipotesi di discrezionalità del potere, di mancanza di protezione della legge, di carenza di regolamentazione normativa si era arrestato, necessariamente, il sindacato dell'autorità giudiziaria⁽²⁵⁾.

Il perfezionamento degli strumenti di tutela, la sottoposizione a controllo della stessa discrezionalità amministrativa rappresentavano quindi un'importante evoluzione delle garanzie del cittadino, una condizione essenziale del « governo giuridico », ma proprio perché questo completamento in senso garantista si basava sul presupposto dell'esistenza di una sfera di potere già formato in manifestazione di sovranità⁽²⁶⁾, gli interessi privati coinvolti non potevano che tramutarsi in interessi secondari rispetto al preminente interesse pubblico, le norme rivolte all'amministrazione accentuare il loro carattere speciale e derogatorio dalle regole del diritto comune.

L'idea di una giurisdizione a tipo oggettivo diventa allora per più aspetti lo sbocco teorico obbligato in cui incasellare le funzioni e la natura della nuova istituzione.

Definendo la IV sezione semplicemente come « un'organizzazione nuova, nella sfera più alta dell'amministrazione, di quel *ius inspectionis*, proprio di ogni governo »⁽²⁷⁾, di quel diritto di vigi-

competenza del giudice ordinario, proponeva — si pensi al disegno di legge (*retro*, p. 178 nota 14) — strumenti concreti di realizzazione della giustizia amministrativa attraverso una convinta valorizzazione delle forme di controllo interne all'apparato, che non poteva non garantire anche una maggiore giuridicizzazione dell'amministrazione pura.

⁽²⁵⁾ SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, cit., pp. 447-8.

⁽²⁶⁾ Cfr. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 590.

⁽²⁷⁾ SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, cit., p. 455.

Se le norme che regolano l'attività amministrativa « non hanno ancora raggiunto una potenza di espressione giuridica da servire di base a veri e propri giudizi di un'autorità indipendente dall'amministrazione, possono bastare al sindacato che questa deve esercitare sopra gli atti dei suoi organi; e questa è anche giurisdizione » (p. 452). « La necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione », avvertita dieci anni prima a Bergamo (*Giustizia nell'am-*

lanza la cui giurisdizione spetta all'amministrazione stessa e che deve garantire il rispetto assoluto del diritto obiettivo, il perseguimento dell'interesse generale, l'imparzialità dell'attività amministrativa, non solo si aderiva alle prudenti posizioni espresse dal legislatore, ma s'interpretava sia il fatto che questa nuova competenza avrebbe riguardato la sfera dell'interesse, un settore di controversie escluse dal sindacato del giudice ordinario sui diritti civili e politici, sia la realtà di un dibattito nel quale erano prevalsi i profili istituzionali, la problematica generale dell'assetto dello Stato, della difesa della stessa amministrazione dalle « ingerenze » dei partiti politici.

L'interesse privato, come era già del resto chiaramente emerso dalla relazione Costa, può giocare quindi un ruolo solo secondario, viene necessariamente ridotto a semplice « occasione » alla quale l'amministrazione condiziona il riesame dei propri atti, l'esercizio di un controllo che mira esclusivamente ad assicurare la non arbitraria gestione del potere, la protezione dell'interesse generale⁽²⁸⁾.

ministrazione, cit., p. 99) si stempera così in una ricostruzione più sensibile alle « ragioni » del legislatore.

Traspaiono cioè da queste pagine spaventiane non solo la difficoltà tecnica di delineare una « giurisdizione » al di fuori dell'ambito del diritto soggettivo, ma anche la realtà di un'amministrazione che oppone forti resistenze ad una completa affermazione del principio di legalità, la durezza dei valori « costituzionali » d'indipendenza e di autonomia dell'apparato, l'incapacità dell'ordinamento d'imbrigliare l'irriducibile potere discrezionale ». (L'espressione è di P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, 1968, trad. ital., *Stato e società in Francia. Dallo stato paterno allo stato provvidenza: storia dell'amministrazione dal 1750 ai nostri giorni*, Milano, 1978, p. 430).

Se è vero che il « contenzioso amministrativo postula il principio di legalità dell'amministrazione » (F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977 (2ª ed.), p. 149) e richiede, come sottolineava lo stesso Spaventa, l'esistenza di norme di riscontro all'azione amministrativa, queste prime incerte teorizzazioni delle funzioni della IV sezione dimostrano l'estremo imbarazzo, anche concettuale, ad affermare un solido primato della legge nella sfera di amministrazione pura.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 456: « l'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può mettere capo ». Cfr. anche NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., p. 745.

Il palese rinvio ad argomentazioni già sviluppate da Rudolf von Gneist in *Der Rechtsstaat* ⁽²⁹⁾ conferma l'intreccio delle motivazioni che giustificano il ricorso all'idea della giurisdizione oggettiva, la sovrapposizione di profili politici e giuridici, di modelli progettuali e di realtà istituzionali.

Il concetto di giurisdizione oggettiva sintetizza molti dei motivi del dibattito, rappresenta una formalizzazione giuridica di un progetto che ha visto nella giustizia amministrativa in primo luogo un rimedio alle degenerazioni parlamentaristiche, il canale principale attraverso il quale realizzare una maggiore indipendenza della dinamica istituzionale dalle tensioni politiche e sociali, ma esprime anche la specificità del sistema italiano, non è comprensibile senza le scelte fatte con l'unificazione, senza la riserva integrale all'amministrazione della sfera dell'interesse, del potere discrezionale ed il parallelo affidamento al giudice ordinario della competenza intorno ai diritti civili e politici.

Il fatto che le proposte d'integrazione del sistema si fossero mosse sul terreno dell'amministrazione pura, di una sfera di attività la cui completa appartenenza alle prerogative dell'amministrazione, all'autonomia del potere non era stata messa in dubbio da nessuno, aveva determinato lo sviluppo di forme di garanzia che potevano soddisfare soltanto in modo indiretto l'interesse privato: la residualità della posizione del cittadino nelle manifestazioni del potere era già nella logica della scelta, fatta nel 1865, di affidare un corposo settore di controversie alla libertà dell'amministrazione.

In questo senso, sia pure attraverso un dibattito che aveva investito la globalità delle istituzioni dello Stato liberale, l'introduzione della IV sezione conservava sostanziali elementi di continuità

⁽²⁹⁾ GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto*, cit., p. 214: il diritto amministrativo è ancora « un complesso di norme per l'esercizio del potere pubblico », diritto obiettivo che « anche senza istanza di parte dee essere esercitato per il bene pubblico.... Si accorda un carattere giuridico all'interesse delle parti, ma in modo distinto da quello che si fa, quando il diritto individuale è il solo speciale oggetto della tutela giuridica. Il diritto delle parti è quindi, nella sfera amministrativa, secondario: è un diritto di querela, che non fa parte del diritto individuale, come la proprietà, la famiglia etc.. Bensì è una derivazione del diritto pubblico e la parte vi ha un ufficio formale analogo a quello che ha nei processi penali ».

— non a caso ripetutamente sottolineati da Crispi nel dibattito parlamentare ⁽³⁰⁾ — con le scelte dell'unificazione.

La povertà della tutela concessa nel 1889 all'interesse privato era funzionale ad una concezione che aveva fatto del potere discrezionale un qualcosa di necessariamente appartenente alla gelosa autonomia dell'apparato, di non comparabile con le situazioni soggettive dei cittadini.

La IV sezione, sospesa tra un'incerta natura giurisdizionale ed una solida appartenenza alle strutture amministrative, tra l'esercizio di un sindacato di legittimità i cui profili erano assai lontani da una soddisfacente linearità ed un riesame dell'attività amministrativa che arrivava ad investire l'opportunità e la convenienza ⁽³¹⁾, avrebbe così esteso le proprie competenze nel campo degli interessi, avrebbe dovuto garantire quel valore d'imparzialità dell'azione amministrativa che sembrava prescindere da un preciso collegamento con la libertà civile dei cittadini, ma essenziale in uno « Stato giuridico », per difendere l'indipendenza dell'amministrazione dagli influssi « parlamentaristici ».

La difficile e precaria relazione tra libertà del cittadino ed autonomia del potere stabilita al momento dell'unificazione, gli equilibri tra diritto ed interesse erano stati confermati coll'istituzione della IV sezione. Se si erano arricchite le possibilità di tutela individuale, se accanto all'azione giudiziaria di diritto comune prendeva corpo un'autonoma azione amministrativa, il rapporto col potere rimaneva legato ad una delicata scelta tra primato del diritto del cittadino e primato dell'amministrazione. I giuristi ed i prota-

⁽³⁰⁾ *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. XVI, 3ª sessione. Discussioni*, Tornata del 6 febbraio 1889, p. 210: « la legge non fa senonché dare un giudice alle materie che finora, per l'art. 3 della legge 20 marzo 1865, erano affidate alla decisione del Governo e dei funzionari pubblici; quindi la competenza del Consiglio di Stato non può essere se non quella che aveva altra volta la pubblica amministrazione ».

⁽³¹⁾ Sullo « spirito di prudenza » che spinse l'Ufficio centrale del Senato a distinguere tra legittimità e merito e ad escludere le ipotesi di « abuso di potere » e di « ingiustizia manifesta » dalla competenza di legittimità, cfr. SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 541 e più recentemente GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 241-4. Le motivazioni dell'Ufficio centrale si possono leggere in *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., pp. 11-4.

gonisti del dibattito avevano tentato un faticoso compromesso: dopo l'istituzione della IV sezione, tra nuovi complessi rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo, tra acute contrapposizioni della scienza giuridica, vedremo progressivamente formarsi un altro modello che, poggiando su effettive continuità, ma operando anche significative rotture, assegnerà all'amministrazione sempre più vistosi margini di autonomia e di supremazia, ritoccherà consolidati equilibri istituzionali.

Così nel decennio che si apriva proprio con il discorso inaugurale di Spaventa il prudente contenimento spaventiano tra giurisdizione soggettiva e oggettiva, la tradizionale distinzione tra diritto e interesse avrebbe conosciuto le prime gravi smentite, i primi profondi stravolgimenti; gli equilibri dell'unificazione, confermati dal legislatore del 1889 e dal primo e così autorevole interprete della riforma, avrebbero vissuto una definitiva ed irreversibile alterazione.

Se nella linea della riflessione spaventiana, nel solco del difficile equilibrio tra Parlamento e amministrazione, fissato già nella legge abolitiva del contenzioso e ribadito negli aggiornamenti teorici e culturali, nelle nuove analisi politiche e sociali che avevano caratterizzato l'interpretazione del modello del *Rechtsstaat* impostasi nel dibattito sul parlamentarismo, diritto soggettivo e giurisdizione oggettiva troveranno nuove e più sofisticate formalizzazioni nelle pagine di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara, il tentativo moderato di conciliare legge e attività amministrativa, diritto e potere, libertà e autorità sarà presto travolto da una « libertà » dell'amministrazione che rovescerà mediazioni consolidate, erigerà un sistema fortemente autoritario dell'azione amministrativa, fisserà prima a livello teorico, poi nella concretezza delle scelte giurisprudenziali, una centralità del giudice amministrativo che altererà il disegno legislativo, limiterà drasticamente le possibilità di tutela, esprimerà un modello pericolosamente sbilanciato verso un solido primato degli apparati nel sistema politico costituzionale.

Non verrà meno soltanto un modello istituzionale ed il sistema dualistico, insieme al tentativo di coordinare armonicamente le possibilità di tutela offerte dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, dovrà arrendersi di fronte ad un nuovo monismo di sostanza, incentrato ora sulla primazia del Consiglio di Stato, ma

quel modello verrà meno parallelamente ad un progetto giuridico che di quel sistema non rifiuterà soltanto la centralità del giudice ordinario a favore di diversi e magari più efficaci strumenti di tutela, ma l'intero disegno amministrativo, abbandonerà con il diritto soggettivo anche il primato del Parlamento, proporrà nuove categorie concettuali — l'interesse legittimo innanzi tutto — attraverso le quali esprimere non tanto il contenuto della tutela, la difesa del cittadino, ma l'autonomia del potere, la capacità di auto-legittimazione degli apparati, nuovi e pericolosi equilibri costituzionali.

A quel momento delle prudenti formalizzazioni spaventiane si serberà soltanto uno sbiadito ricordo.

PARTE SECONDA

**LA SCIENZA GIURIDICA
DI FRONTE ALLA LEGGE ISTITUTIVA
DELLA IV SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO**

CAPITOLO PRIMO

INCERTEZZE INTERPRETATIVE E PRIME IPOTESI RICOSTRUTTIVE

1. Difficoltà esegetiche e perplessità definitorie. — 2. « Il principio organico del contenzioso amministrativo ».

1. *Difficoltà esegetiche e perplessità definitorie.*

L'approdo al dibattito giuridico, già raggiunto col discorso inaugurale di Silvio Spaventa, era naturalmente destinato ad una ulteriore consolidazione negli anni che seguirono l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

Parallelamente alle prime decisioni giurisprudenziali, prontamente registrate dalle riviste specializzate⁽¹⁾, si sviluppava anche

(1) Con il 1890 iniziava le sue pubblicazioni, sotto la direzione di Biagio Lomonaco, la *Giustizia amministrativa* con lo scopo preciso di « raccogliere e diffondere » le decisioni della IV sezione che doveva ormai « essere considerata come uno dei più importanti organi del funzionamento della giustizia ». (Così il manifesto della rivista pubblicato col titolo *Il nostro programma*, in *Giustizia amministrativa*, I (1890), p. IV). La rivista dedicata principalmente alla « raccolta di decisioni e pareri del Consiglio di Stato, decisioni della Corte dei Conti, sentenze della Cassazione di Roma in materia elettorale e di competenza tra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa e decisioni delle Giunte provinciali amministrative », comprendeva anche una « parte quarta » destinata alle « monografie » che ospitò, specialmente nella prima metà degli anni '90, i principali interventi dei giuristi in materia di giustizia amministrativa.

Anche in riviste tradizionali come il *Foro italiano* o la *Giurisprudenza italiana*, negli anni seguenti all'istituzione della IV sezione, crebbe l'interesse per la giurisprudenza amministrativa: per la *Giurisprudenza italiana* furono due giuristi prestigiosi, Lodovico Mortara e Federico Cammeo, a seguire l'evolversi della giurisprudenza amministrativa garantendo, attraverso continui interventi di commento, un lungo e proficuo dialogo tra scienza giuridica ed organi giudicanti.

una copiosa letteratura giuridica fatta per lo più di minuti interventi di commento, di note a sentenza, di primi tentativi di sistemazione dogmatica. I giuristi prendevano coscienza della riforma, svelavano contraddizioni e compromessi, ma cercavano anche di definire ruolo e funzioni della nuova istituzione, di chiarire i difficili ed incerti equilibri venutisi a creare tra IV sezione e giudice ordinario.

Gli anni immediatamente successivi all'approvazione della legge di riforma sono quindi caratterizzati da studi esegetici, da tentativi interpretativi che non riescono ancora ad offrire una teoria generale della giustizia amministrativa, ma che più modestamente mirano alla soluzione di singole questioni, all'enucleazione dei particolari aspetti tecnici connessi all'introduzione di un nuovo sistema di tutela.

Ad una generale povertà culturale della giuspubblicistica si associa la difficoltà dei giuristi di formalizzare compiutamente le motivazioni politiche del dibattito sulla giustizia nell'amministrazione, di orientarsi in mezzo alla pluralità dei modelli che avevano influenzato la riflessione giuridica: infatti, se il dibattito sul parlamentarismo era stato caratterizzato da una componente « giuridica » largamente prevalente, se l'aggiornamento delle analisi politiche si era immediatamente tradotto in un progetto generale di riforma dello Stato, si era calato nel concreto delle riforme istituzionali, non per questo, specialmente sugli insidiosi terreni della giustizia amministrativa, il dibattito si era diffuso nell'esame delle complesse questioni tecniche, aveva sollevato un confronto puntuale con le istituzioni dell'unificazione, con il sindacato tendenzialmente « generale » assicurato sin dal 1865 dal giudice ordinario sull'attività amministrativa.

Molto spesso i modelli istituzionali stranieri, il sistema tedesco, quello austriaco, persino le novità offerte dall'evoluzione della giurisprudenza del *Conseil d'Etat* francese, si erano prepotentemente imposti all'attenzione del « movimento per la giustizia nell'amministrazione » senza tener conto delle peculiarità dell'ordinamento italiano, dell'esistenza di un giudice già espressamente delegato alla soluzione delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione e senza predeterminare quindi i rapporti che sarebbero stati fissati tra vecchie e nuove istituzioni.

Pesano le difficoltà applicative del sistema di giurisdizione unica già ampiamente manifestate nel periodo che intercorre tra l'approvazione dell'All. E e la legge Crispi, il sempre precario equilibrio tra giudice ordinario e amministrazione, venutosi solo lentamente a stabilizzare per settori di controversie con il continuo intervento della giurisprudenza della Corte di Cassazione, mentre causa di gravi incertezze sono lo stesso testo normativo, le relazioni e le discussioni parlamentari, troppo prudenti nelle innovazioni, troppo incerti, quasi reticenti nel fissare le linee del nuovo giudice amministrativo.

Se la scelta dell'enumerazione per la definizione della competenza di merito sembra ai giuristi porre minori problemi interpretativi, riannodandosi a funzioni di « giurisdizione propria » già esercitate dal Consiglio di Stato ⁽²⁾, l'ambito applicativo della clausola con la quale si attribuiva alla IV sezione il potere di annullamento degli atti amministrativi viziati da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, resta per i più un enigma dalla soluzione quasi misteriosa.

I dissensi già manifestati, ma in modo largamente minoritario, nel dibattito parlamentare, s'ingigantiscono nelle pagine dei giuristi, diventano un coro multiforme che investe con critiche anche accese le scelte del legislatore, che solleva dubbi e perplessità sulla linearità del modello introdotto nell'ordinamento dello Stato unitario.

Si fanno più pressanti le preoccupazioni, già in parte trapelate dal discorso inaugurale di Spaventa, sulle possibilità applicative della competenza di legittimità, chiamata ad operare in un terreno sostanzialmente indeterminato e nel quale i conflitti e le sovrapposizioni col sindacato esercitato dal giudice ordinario sembrano destinati ad una inevitabile crescita.

(²) Cfr. art. 10 L. 20 marzo 1865, All. D (Legge sul Consiglio di Stato) per il quale in alcune materie (per es. debito pubblico), anche nel sistema di giurisdizione unica, il Consiglio di Stato continuava ad esercitare « giurisdizione propria pronunziando definitivamente con decreti motivati ». Sulla confluenza nella competenza di merito di controversie già attribuite da leggi anteriori al Consiglio di Stato, cfr. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 544-5; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, cit., pp. 337 e ss., pp. 395 e ss. e più recentemente BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 606-8.

La preoccupata constatazione espressa al Senato dal Procuratore generale della Corte di Cassazione, Francesco Auriti, durante la discussione sui singoli articoli del progetto Crispi, « il problema grave è nel determinare la materia di questa nuova giurisdizione contenziosa »⁽³⁾, incontrava negli interventi dei giuristi diffuse ed autorevoli conferme.

Occorreva ormai prepararsi, come sosteneva Giorgio Giorgi, « a grandi battaglie nel foro », « a grandi discussioni nel Consiglio di Stato e nella Corte di Cassazione », « a forti studii »⁽⁴⁾: giurisprudenza e scienza giuridica avrebbero dovuto assumere il compito di dare un volto concreto al sistema introdotto dal legislatore.

Si affollavano problemi esegetici dalla cui corretta soluzione dipendeva in gran parte la linearità dell'intero istituto della IV sezione ed intorno ai quali scoppiarono dissensi e contrapposizioni che innescarono tensioni non facilmente ricomponibili tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione. Rivalità tra giudici ordinari e speciali, questioni di prestigio e di primato istituzionale complicarono così le già oggettive incertezze del testo normativo.

In realtà qualche punto fermo fu anche fissato: su alcuni aspetti della legge che pure avevano registrato vivaci discussioni nelle aule parlamentari o che nella relazione Costa erano stati più o meno volutamente lasciati nel vago, si formarono, sin dai primi anni novanta, indirizzi abbastanza consolidati sia nella giurisprudenza sia nelle opere dei giuristi.

Si prenda il caso dell'« atto politico » come limite della competenza della IV sezione, su cui si erano concentrati gli interventi

(3) *Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni*, Tornata del 2 marzo 1888, p. 1210. L'affermazione citata acquista anche maggior peso considerando che Francesco Auriti aveva fatto parte dell'Ufficio centrale del Senato incaricato di stendere la relazione sul progetto governativo.

(4) G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, vol. I, *Parte generale*, Firenze, 1889, p. 418. Giorgi era stato infatti tra i primi a valutare le difficoltà applicative della riforma, l'imponderabilità della distinzione tra diritto e interesse che rischiava di trasformarsi in un « circolo vizioso », se utilizzata per definire il riparto delle competenze tra giudice ordinario e IV sezione.

forse più significativi del dibattito alla Camera ⁽⁵⁾, preoccupati che, attraverso la possibile dilatazione di questa categoria, l'amministrazione riuscisse a porre nel nulla l'efficacia del nuovo controllo al quale veniva sottoposta. Simili preoccupazioni si ripresentarono puntualmente all'indomani dell'approvazione della riforma nell'incomprensione di Armanni per un divieto che impediva la verifica del diritto obiettivo nelle ipotesi, in cui più grave poteva essere l'arbitrio del potere, o nelle critiche di Meucci e di Bertolini per un concetto « pericolosamente indeterminato » ⁽⁶⁾.

Ma è il Consiglio di Stato, sin dalle prime decisioni ⁽⁷⁾, a chiarire la portata del limite segnato dal legislatore alla competenza della IV sezione, interpretando le assicurazioni date da Crispi alla Camera che avevano convinto lo stesso Salandra, il principale oppositore su questa questione del progetto governativo, a ritirare l'emendamento proposto: rifiutando di assimilare il concetto di atto politico all'atto emanato *iure imperii*, la IV sezione riaffermava la propria competenza sulle questioni amministrative, limitandosi ad escludere quegli atti appartenenti al procedimento costituzionale

⁽⁵⁾ La questione venne infatti sollevata nel dibattito alla Camera durante la discussione sui singoli articoli ed occupò interamente la tornata del 4 febbraio 1889: protagonista principale fu Antonio Salandra che accusò la formula del progetto governativo di essere di « indole contraria ai principi del nostro diritto pubblico liberale ». Oltre agli *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. XVI, 3ª sessione. Discussioni*, Tornata del 4 febbraio 1889, pp. 116 e ss., si veda il quadro che del problema dà lo stesso SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 533 e ss..

⁽⁶⁾ Si vedano rispettivamente L. ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891, p. 166; L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giustizia amministrativa*, II (1891), pt. IV, p. 32; P. BERTOLINI, *Saggi di scienza e diritto della pubblica amministrazione*, vol. II, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Roma, 1890, p. 211.

⁽⁷⁾ Cfr. Cons. St. Sez. IV, 19 febbraio 1891, in *Ann. giurispr.*, XXV (1891), 5, p. 77: « non ogni atto dell'autorità amministrativa emanato *iure imperii* è atto politico, ma atti politici, sottratti al giudizio della IV sezione, sono soltanto quelli che vengono emessi dall'autorità governativa per un'alta ragione di pubblica incolumità ». Cfr. anche Cons. St. Sez. IV, 10 novembre 1893, in *Gust. amm.*, IV (1893), I, p. 544: « gli atti dipendenti dall'esercizio del potere politico involgono sempre interessi di ordine generale, attinenti alla sicurezza interna ed esterna dello Stato ».

che lo stesso Crispi aveva rivendicato alle prerogative del Parlamento⁽⁸⁾.

Lo stesso può dirsi per il concetto di eccesso di potere che la prudenza della relazione dell'Ufficio centrale del Senato aveva ricondotto ad una sorta d'incompetenza assoluta nell'emanazione dell'atto⁽⁹⁾ e che invece riceve in alcune decisioni giurisprudenziali⁽¹⁰⁾, e più che altro nelle pagine di Alfredo Codacci Pisanelli⁽¹¹⁾, un riconoscimento pieno come strumento essenziale attraverso cui penetrare nella discrezionalità dell'azione amministrativa.

In un intervento che è indubbiamente tra i più significativi di quegli anni, affrontando un difficile problema interpretativo, Codacci Pisanelli recuperava le motivazioni del dibattito, ripropo-

⁽⁸⁾ Già la *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 11, aveva sostenuto: « i grandi interessi dello Stato hanno il proprio rappresentante nel Parlamento; le funzioni meramente politiche del potere esecutivo hanno la loro sanzione negli articoli 47 e 67 dello Statuto ». E Crispi alla Camera: « il Governo può ingannarsi ma allora giudice degli atti suoi non può che essere il Parlamento. Non ci può essere un giudice che per i casi che si riferiscono unicamente alla pubblica amministrazione » (*Atti parlamentari*, cit., Tornata del 4 febbraio 1889, p. 133).

⁽⁹⁾ *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 16: l'eccesso di potere « rende radicalmente nullo il provvedimento per assoluta mancanza di facoltà ad emanarlo ».

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cons. St. Sez. IV, 7 gennaio 1892, in *Giurispr. it.*, XLIV (1892), III, 114: « non può riconoscersi eccesso di potere nella misura amministrativa fondata su di un apprezzamento di fatti indubitati, il quale non contenga nulla di illogico e di contrario allo spirito della legge », la cui massima, pur se espressa in forma negativa, era già significativa delle potenzialità connesse al sindacato di eccesso di potere. Cfr. anche Cons. St. Sez. IV, 27 settembre 1892, in *Giurispr. it.*, XLIV (1892), III, 244; Cons. St. Sez. IV, 17 novembre 1892, in *La legge*, XXXIII (1893), I, 277. Sulla giurisprudenza relativa all'eccesso di potere si vedano anche le importanti osservazioni di BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 602 e ss..

⁽¹¹⁾ A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, III (1892), pt. IV, pp. 1-41. Abbiamo importanti utilizzazioni di questo contributo pisanelliano ancora in ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 807. Notizie biografiche su Codacci Pisanelli si possono leggere in F. SOCRATE, *Codacci Pisanelli Alfredo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 26, Roma, 1982, pp. 559-562, mentre su questo scritto del 1892 si possono vedere le osservazioni di STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., p. 380.

neva la linearità di una giurisdizione a tipo oggettivo chiamata ad assicurare la correttezza e l'imparzialità nell'esercizio del potere discrezionale, a rispondere ad uno dei bisogni più avvertiti dal movimento per la giustizia nell'amministrazione.

L'utilizzo del sindacato sull'eccesso di potere secondo i moduli seguiti dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, che sin dalle pagine di Giuseppe Mantellini aveva trovato larga eco nelle opere dei giuristi italiani, risponde ad un modello di tutela che rispecchia ampiamente motivazioni e riflessioni spaventiane.

L'importanza dell'istituto discende dalla possibilità di superare il limite segnato al giudice ordinario dal « potere discretivo », dalla necessità di « ricercare lo scopo cui è dovuta la concessione » delle facoltà discrezionali ⁽¹²⁾.

Tutela oggettiva e soggettiva si scontrano ancora una volta intorno al tema della discrezionalità del potere, al problema di un'autonomia dell'apparato resa necessaria dall'incapacità della norma legislativa di coprire interamente l'attività della pubblica amministrazione ⁽¹³⁾. Il sindacato sull'eccesso di potere finisce così per identificare la stessa *ratio* del giudice amministrativo, per confermare l'indispensabilità di un controllo da affiancare a quello già esercitato dal giudice ordinario.

È la stessa realtà dell'ordinamento, di un ordinamento in cui le norme rivolte all'amministrazione sono « così poco svolte da apparire assai più spesso come limiti che come regole », in cui la discrezionalità condiziona « da sommo ad imo » « ogni pubblica gerarchia » ⁽¹⁴⁾, che pretende l'introduzione del giudice amministrativo, di una « amministrazione contenziosa » ⁽¹⁵⁾ che ha il compito essenziale di garantire un esercizio non arbitrario dell'imprescindibile autonomia dell'apparato.

⁽¹²⁾ CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere*, cit., p. 30.

⁽¹³⁾ Già in uno studio di pochi anni precedente (*Legge e regolamento*, Napoli, 1888, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, p. 32) Codacci aveva fatto risalire la causa principale della discrezionalità amministrativa all'incompleta formazione del diritto pubblico », dovuta ad « insufficiente svolgimento » o ad « imprescindibile necessità ».

⁽¹⁴⁾ CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere*, cit., p. 33.

⁽¹⁵⁾ CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giurisprudenza italiana*, XLIV (1893), pt. IV, p. 276.

Nel momento in cui veniva pubblicato, comunque, l'intervento di Codacci Pisanelli rappresentava anche una difesa della razionalità della riforma, della sua capacità operativa, contestata da più parti proprio in relazione alla clausola generale prevista dall'articolo 24 del T.U. del 1889, l'indicazione di una prospettiva concreta percorrendo la quale la IV sezione avrebbe potuto realizzare un'effettiva tutela delle pretese del cittadino ad un legittimo esercizio del potere discrezionale, quella giuridicizzazione dell'amministrazione pura che né la legge del 1865 né la giurisprudenza della Corte di Cassazione avevano ritenuto di affidare al giudice ordinario.

S'interpretavano nel modo più lineare i presupposti principali del movimento di riforma⁽¹⁶⁾, la natura rigidamente amministrativa della nuova istituzione, la conservazione integrale delle competenze del giudice ordinario, il modello strettamente oggettivo di riesame degli atti, capace di penetrare sino alla verifica delle scelte discrezionali dell'amministrazione in funzione tuttavia della stessa integrità del potere e che doveva necessariamente ridurre l'« interesse » del cittadino a semplice occasione cui la legge condizionava l'azionamento del controllo, a mero interesse procedimentale.

Riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione e residualità della posizione del cittadino si fondevano, come già in Spagna e in molti dei protagonisti del dibattito, nella ricerca di un sistema di tutela che garantisse la legalità oggettiva dell'esercizio del potere, un valore diverso, ma non meno decisivo per gli equilibri istituzionali della protezione dei diritti soggettivi dei cittadini garantita dal giudice ordinario.

In questo senso la natura di organo amministrativo⁽¹⁷⁾ che si riconosceva alla IV sezione rappresentava prima di tutto un prin-

⁽¹⁶⁾ L'importanza della giustizia amministrativa in un diritto pubblico il cui « centro di gravità... si è spostato passando dalla costituzione all'amministrazione » è chiaramente avvertita da Codacci Pisanelli già nella prolusione tenuta alla Università di Pavia l'11 gennaio 1887 (*Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale e che sia la scienza dell'amministrazione*, in *Il Filangieri*, XII (1887), pt. I, pp. 1-18), per la quale rinviamo a MOZZARELLI-NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, cit., pp. 91-94.

⁽¹⁷⁾ La tesi della natura amministrativa della IV sezione è sostenuta strenuamente da CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato*,

cipio logico, una premessa indispensabile per l'esercizio delle funzioni attribuite alla nuova istituzione, lo sbocco naturale di un modello di controllo che doveva affiancare ed integrare, ma non sostituire quello già esercitato dal giudice ordinario.

Tuttavia proprio intorno al problema della natura della IV sezione, intorno all'alternativa tra organo giurisdizionale e organo amministrativo, si sviluppò, com'è noto, una *querelle* la cui definitiva composizione con il riconoscimento dell'esercizio da parte del Consiglio di Stato di funzioni prettamente giurisdizionali si ebbe solo diversi anni più tardi, nel 1907⁽¹⁸⁾.

Se l'idea di un perfezionamento dei controlli interni all'amministrazione era risultata prevalente nel dibattito degli anni '80, se in questa direzione si era inequivocabilmente mosso lo stesso Crispi presentando il progetto di legge che doveva essere approvato, la posizione dell'Ufficio centrale del Senato era stata invece molto più sfumata e frequentemente la relazione aveva fatto ricorso ai concetti di « giurisdizione » e di « magistratura » per definire natura e funzioni della IV sezione⁽¹⁹⁾.

Non si trattava soltanto di un problema di indole teorica o semplicemente definitorio: non solo la scelta per l'una o l'altra alternativa poteva influire sull'estensione dei poteri cognitivi del « giudice » o incidere sulla ricostruzione dogmatica della posizione

cit., in un intervento significativamente dedicato « alla memoria di Silvio Spaventa ». La tesi, come è noto (GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 248), fu riproposta, sempre da Codacci, durante i lavori della Commissione per lo studio della riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa, istituita nel 1910. Cfr. CODACCI PISANELLI, *Sulle riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa centrale*, in *Riv. dir. pubbl.*, IV (1912), I, pp. 59 e ss.; ID., *La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, VIII (1916), I, p. 301 (il primo articolo contiene la relazione di Codacci Pisanelli al VII Congresso giuridico nazionale, il secondo il testo della relazione della Commissione reale).

⁽¹⁸⁾ Cfr. V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto pubblico*, Roma, 1936, pp. 259 e ss.

⁽¹⁹⁾ La *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 22, aveva evitato accuratamente di prendere posizione sulla possibilità d'impugnare le decisioni della IV sezione per eccesso di potere giurisdizionale. Sull'eclettismo manifestato dalla relazione Costa sulla natura della IV sezione cfr. anche *retro* nota 11, cap. 5^o/1^a pt.

del cittadino nei confronti del potere amministrativo, ma più in particolare — e fu questo l'approccio principale di quegli anni — doveva segnare in modo decisivo gli equilibri istituzionali tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione.

La questione sulla natura giurisdizionale o amministrativa della nuova istituzione fu infatti vissuta in stretta relazione con il problema dell'annullabilità delle decisioni della IV sezione da parte della Corte di Cassazione in virtù delle competenze attribuitele dalla legge del 1877 sui conflitti di attribuzione: fu quindi in vista di un obiettivo dichiaratamente concreto che la Corte Suprema di Roma, assimilando la IV sezione ad una giurisdizione speciale, le riconobbe sin dalle prime sentenze natura giurisdizionale⁽²⁰⁾, garantendosi in questo modo la possibilità di sindacare l'eventuale eccesso di potere giurisdizionale perpetrato ai danni della competenza della magistratura ordinaria.

L'allontanamento dalle premesse teoriche della riforma fu quindi determinato da motivi di opportunità istituzionale, dall'esigenza della Corte di Cassazione di rafforzare il proprio ruolo di elemento di chiusura dell'ordinamento, di arbitro supremo degli equilibri tra i poteri. Pur considerando che questo ruolo le era, almeno in parte, già espressamente riconosciuto sia dalla legge sui conflitti del 1877 sia dalla stessa legge Crispi che, vietando alla IV sezione la decisione sull'eccezione d'incompetenza per materia sollevata in corso di giudizio, l'attribuiva alla Suprema Corte, è chiaro che in questo caso la giurisprudenza svolgeva una funzione largamente creativa istituendo un rimedio processuale non previsto in modo esplicito nel testo normativo⁽²¹⁾.

(20) Particolarmente significativa Cass. Roma, 21 marzo 1893, Sez. Un., in *Giurispr. it.*, XLV (1893), I, 1, p. 649: « l'articolo 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzione è applicabile alla IV Sezione del Consiglio di Stato; e quindi, contro le decisioni di questa magistratura si potrebbe ricorrere alle S.U. della Cassazione di Roma per eccesso di potere, quando, con quelle decisioni, rimanesse offeso un qualche vero diritto civile e politico e venisse così, in qualche modo, invaso il campo riservato all'autorità giudiziaria ».

(21) Per il riferimento normativo a quanto affermato nel testo oltre all'art. 3 L. 31 marzo 1877, n. 3761 (su cui *retro* pp. 45 e ss.), cfr. l'art. 41 T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 6 giugno 1889, n. 6166): « sollevata dalle parti o di ufficio la incompetenza dell'autorità

Il consolidamento di tale indirizzo nel corso degli anni '90 — come vedremo nei capitoli seguenti — finì per incidere in misura rilevante sulla scelta del criterio stesso d'individuazione del riparto di competenze, venendo così a favorire la tendenza che portava a vedere in una diversità di situazioni soggettive tutelate dal giudice ordinario e amministrativo il momento discriminante della competenza.

Negli anni immediatamente successivi all'approvazione della legge Crispi il problema della natura giurisdizionale o amministrativa della IV sezione fu invece assorbito nell'esegesi dell'articolo 24 del T.U., nel tentativo di dare un volto alla competenza generale di legittimità.

Al centro delle questioni interpretative poste dalla riforma si colloca ancora una volta il difficile nodo della distinzione tra diritto e interesse. Non solo si ripresentano, irrisolti dal dibattito parlamentare e dal testo normativo, i complessi ed incerti problemi del riparto di competenze tra giudice ordinario e amministrativo, che avevano contraddistinto l'esperienza applicativa della legge del 1865, ma gli stessi modelli teorici con i quali si era cercato di fissare e contemperare libertà del cittadino e dell'amministrazione, garanzia dei diritti soggettivi e tutela dell'autonomia dell'apparato e all'ombra dei quali si era sviluppato il tentativo di perfezionare le strutture contenziose interne alla stessa amministrazione, sembravano agli interpreti di quegli anni fortemente compromessi da quella disposizione che, attribuendo alla IV sezione la decisione sui ricorsi per violazione di legge contro atti e provvedimenti aventi « per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici », escludeva però espressamente l'ipotesi che tali ricorsi fossero già di competenza della magistratura ordinaria ⁽²²⁾.

amministrativa, la Sezione sospenderà ogni ulteriore decisione e rinvierà gli atti alla Corte di Cassazione per decidere sulla competenza ». Sugli inconvenienti di questo sistema che impediva alla IV Sezione il giudizio sulla propria competenza cfr. le osservazioni di MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., pp. 418 e ss.. La regolamentazione degli art. 47 e 48 T.U. C.d.S. — R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 — è stata introdotta, com'è noto, con l'articolo 6 della L. 7 marzo 1907, n. 62, che ha soppresso e sostituito gli articoli 40 e 41 del T.U. del 1889.

⁽²²⁾ Riportiamo per comodità il testo integrale del primo comma dell'art. 3 della L. 31 marzo 1889, n. 5992 (art. 24 c. 1, T.U. della legge

Il problema sul quale la relazione dell'Ufficio centrale del Senato aveva sorvolato con eccessiva sufficienza, adombrando una distinzione tra legittimità di atti riferentesi a diritti civili e politici e legittimità relativa alla « cerchia degli interessi »⁽²³⁾, di assai difficile applicazione pratica e di precaria difendibilità teorica, calato per di più nell'oggettiva incertezza della legge intorno alla natura della IV sezione, scatenò forti dissensi interpretativi e condizionò non poco il sorgere di quei « falsi e veri problemi di applicazione »⁽²⁴⁾ che hanno a lungo segnato la riflessione dei giuristi intorno al sistema italiano di giustizia amministrativa.

Non stupiscono allora la frequenza e l'intensità delle critiche levate da più parti contro l'incoerenza della riforma, il rimpianto per la distanza tra « intendimenti » e « risultati »⁽²⁵⁾, il disilluso confronto con le proposte e le motivazioni del movimento degli

sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 6 giugno 1889, n. 6166): « Spetta alla Sezione IV del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali ».

⁽²³⁾ *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., pp. 12-3: « né si dica che ammettendo il reclamo per *illegittimità* del provvedimento amministrativo alla sezione contenziosa del Consiglio di Stato si sottrae al potere giudiziario una materia nella quale questa ha affermato o potrebbe affermare la propria competenza ».

⁽²⁴⁾ L'espressione è di GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 281.

⁽²⁵⁾ BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, cit., p. 204. In queste pagine di Bertolini (per il quale rinviamo a G. PROCACCI, *Bertolini Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 9, Roma, 1967, pp. 598-601) giungevano alle conseguenze estreme le prospettive « oggettivistiche » che avevano guidato, nel corso degli anni '80, la riflessione sui problemi dell'amministrazione: criticata « l'esagerazione del concetto di giurisdizione in materia amministrativa » (p. 252), riaffermata la fiducia « in un progresso organico legislativo » (p. 259), si giungeva infatti alla idealizzazione dell'azione popolare come strumento essenziale per realizzare, al di là della protezione delle situazioni soggettive dei cittadini, una completa legalità dell'attività amministrativa (cfr. *ibid.*, pp. 263 e ss.).

anni '80: si rimprovera in particolare al legislatore di aver limitato, affidandosi al criterio dell'enumerazione, la competenza di merito che sola avrebbe permesso di « esaminare l'uso fatto delle facoltà discrezionali, l'opportunità, la prudenza, l'equità dei criteri che aveano informato gli atti amministrativi », di integrare il sindacato già esercitato dal giudice ordinario e circoscritto ad una verifica della legalità dei comportamenti dell'amministrazione⁽²⁶⁾.

Non sembra razionale ed appare difficilmente compatibile con il sistema introdotto nel 1865 la scelta di istituire una competenza generale di legittimità, di cui non si comprendono, al di là del potere di annullamento dell'atto amministrativo impugnato, i caratteri distintivi del controllo già assegnato alla magistratura. Sorprende in giuristi, abituati ad identificare vincolo legislativo e diritto soggettivo ed a collegare alla presenza di questi due elementi le ipotesi di competenza del giudice ordinario, l'accostamento tra « violazione di legge » e « interesse »⁽²⁷⁾, un concetto, quest'ultimo, che evocava l'amministrazione pura, un campo in cui necessariamente più fievole si presentava l'imperatività della norma.

Se si considera che almeno sino alla comparsa dell'articolo di Alfredo Codacci Pisanelli nel 1892, i giuristi dimostravano scarsa dimestichezza col concetto di eccesso di potere, assimilato generalmente all'incompetenza assoluta sulla falsariga della relazione Costa

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, p. 204. Si tratta di una critica piuttosto diffusa e che ritroviamo anche in ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, pp. 352 e ss.: « la tutela dell'interesse privato a cui corrisponde il giudizio sul merito intrinseco o sulla convenienza dell'atto amministrativo non fu tenuta se non in un conto affatto sussidiario e subordinato ». Il rapporto tra legittimità (sindacato per il quale non si riescono a sfruttare sempre a pieno le potenzialità connesse alla figura dell'eccesso di potere) e merito è sentito infatti come un elemento che perturba la linearità della riforma, che mal si coordina con il sistema introdotto con l'All. E: si critica la scelta di aver affidato ad un corpo amministrativo una competenza di legalità, che dovrebbe essere tipica della funzione giurisdizionale, mentre, rigorosamente delimitata dal criterio della enumerazione, troppo residuale appare la competenza di merito che, investendo l'opportunità e la « giustizia » delle decisioni amministrative, avrebbe potuto efficacemente integrare il sindacato già esercitato dal giudice ordinario.

⁽²⁷⁾ Sintomatica già la critica di Pierantoni in *Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni*, Tornata del 20 marzo 1888, pp. 1170 e ss..

ed erano perciò poco propensi a valorizzare tale strumento per un controllo più serrato delle scelte discrezionali dell'amministrazione, si può avere un'idea del vero e proprio sgomento interpretativo che la legge istitutiva della IV sezione aveva suscitato.

L'elemento di più ardua teorizzazione era rappresentato dalla difficile combinazione tra la « tendenza oggettivistica » e l'« indirizzo soggettivistico »⁽²⁸⁾ che emergevano in modo quasi contraddittorio dal testo normativo, dalla complessa conciliazione tra la diffusa aspirazione ad un « principio assoluto »⁽²⁹⁾ di legalità dell'azione amministrativa e la necessità di una più efficace tutela delle situazioni soggettive dei cittadini.

La stessa inalterata vigenza della clausola generale dell'articolo 2 della legge del 1865, che attribuiva al giudice ordinario le controversie relative ai diritti civili e politici poteva rappresentare un punto fermo per l'interprete, ma poneva anche gravi interrogativi sull'oggetto della competenza della IV sezione, sulla natura di quell'« interesse » che pure la legge voleva collegato ad una « violazione di legge ».

2. « Il principio organico del contenzioso amministrativo ».

Fu per primo Lorenzo Meucci ad affrontare il ventaglio delle complesse questioni dogmatiche collegate all'istituzione della IV sezione in uno studio apparso nel 1891 sulla *Giustizia amministrativa* e poi inserito a partire dall'anno seguente nella terza edizione del manuale⁽³⁰⁾.

L'articolo non si segnalava soltanto per la dura requisitoria, rimasta famosa, contro le contraddizioni e le deficienze della riforma⁽³¹⁾, ma essenzialmente perché vi facevano la loro comparsa

(28) BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 601.

(29) BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, cit., p. 245.

(30) MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit.; l'articolo venne riprodotto nel cap. IX delle *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892 (3ª ed.) pp. 110-142 col titolo *Giustizia nell'Amministrazione*.

(31) MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 32: la critica ai difetti della riforma è stata infatti integralmente

concetti e nozioni giuridiche che dovevano acquisire nel corso degli anni '90 una indiscussa centralità negli studi sulla giustizia amministrativa.

Non poteva trattarsi, a così breve distanza dall'approvazione della legge Crispi, di una compiuta teorizzazione di un sistema che solo faticosamente e con molte incertezze si andava configurando accanto a quello introdotto con le leggi di unificazione amministrativa: siamo di fronte ad un contributo fortemente problematico, critico, pensoso, importante più per le questioni che poneva sul tappeto che per quelle che riusciva a risolvere, ad un intervento che segnava un essenziale momento di transizione tra i modelli teorici che avevano ispirato il sistema di giurisdizione unica ed i nuovi che dovevano essere ancora delineati, tra l'influenza di fonti dottrinali consolidate e quella, più recente, di contributi scientifici meno tradizionali.

Le indagini sulla natura della IV sezione s'inseriscono per la prima volta in una ricerca che tende ad individuare un criterio generale, un principio teorico secondo cui distinguere le competenze del giudice ordinario da quelle della nuova istituzione, s'innestano in un tentativo di delineare una razionalità globale del sistema, che alla fine risulta difficilmente raggiungibile, sfuggente, non compatibile con le linee fissate nel 1865.

Meucci — lo sappiamo — era stato uno dei principali sostenitori della centralità del giudice ordinario, l'interprete più rispettoso delle prospettive garantiste apertesi con l'abolizione del contenzioso ed al tempo stesso era stato, fra i giuristi, uno dei più restii ad assecondare il coro che si era levato per promuovere la riforma dell'All. E, il meno preoccupato dei precari rapporti che l'evoluzione della forma di governo parlamentare sembrava aver determinato tra politica e amministrazione⁽³²⁾.

ripresa sia da SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 560-61, sia da GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 244.

(32) Soltanto nella seconda edizione del manuale (*Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1887, p. 101), in un passo poi espunto nelle successive edizioni, Meucci aveva ricordato l'esistenza di una « questione di cui si stanno occupando i pubblicisti e gli uomini di Stato », che « si usò invocare col nome di giustizia nell'amministrazione ».

Il testo normativo viene passato al vaglio di un'impostazione che potremmo definire « soggettivistica », non disponibile a limitare l'effetto della riforma ad una semplice evoluzione degli strumenti contenziosi interni all'apparato, allo sviluppo di quelle forme di autotutela e di autocontrollo che esprimevano in primo luogo l'« autosufficienza dell'amministrazione »⁽³³⁾ e che avevano trovato nel discorso inaugurale di Spaventa le formulazioni più incisive: Meucci è ormai rigidamente orientato a risolvere il problema del contenzioso amministrativo nella funzione giurisdizionale e nel giudizio.

Il rapporto giuridico, la relazione tra Stato e cittadino recupera una centralità soffocata dalla tendenza prevalente a considerare la giustizia amministrativa uno strumento per realizzare più corretti e più stabili equilibri istituzionali e non un mezzo di potenziamento delle garanzie del cittadino nei confronti del potere amministrativo.

Se allora il fulcro del sistema di tutela, « il principio organico del contenzioso amministrativo », deve essere individuato nel confronto tra situazioni soggettive e attuazione del potere, tra diritto e amministrazione, tra cittadino e apparato, quale può essere la formula scelta dal legislatore per distinguere le competenze della IV sezione da quelle del giudice ordinario?

Il passaggio dagli schemi teorici del movimento per la « giustizia nell'amministrazione », formalizzati all'indomani dell'approvazione della legge Crispi nella tesi della giurisdizione oggettiva, a modelli ricostruttivi incentrati sulla pienezza dell'esercizio della funzione giurisdizionale, in pratica il passaggio da prospettive ancora inserite nell'orizzonte concettuale ed istituzionale del contenzioso, della revisione amministrativa dell'atto effettuata in funzione esclusiva del rispetto di razionalità rigorosamente interne all'amministrazione, ad altre ormai pronte a risolvere il rapporto amministrativo in un confronto ed in un conflitto di parti tendenzialmente paritario, in un giudizio che reclamava « condizioni d'indipendenza, d'imparzialità, di competenza » dell'organo giudican-

(33) *La giustizia amministrativa come funzione dello Stato democratico*, Atti del seminario, Venezia 12-14 maggio 1978 (dall'intervento conclusivo di F. BENVENUTI), Venezia, 1979, p. 209.

te⁽³⁴⁾, implicava necessariamente la ricerca di criteri distintivi tra le attribuzioni della magistratura ordinaria e amministrativa del tutto diversi da quelli utilizzabili per coordinare sistemi di garanzie amministrative e giurisdizionali.

Il problema della natura della IV sezione non viene pertanto affrontato in queste pagine di Lorenzo Meucci per risolvere questioni processuali o per fissare equilibri tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, ma investe direttamente la globalità del rapporto amministrativo, la linearità delle relazioni tra cittadino e amministrazione.

Il rapporto tra giudice ordinario e amministrativo va ricondotto all'interno degli equilibri tra magistrature, può esprimersi in una relazione di specialità, ma sempre sulla base di una sostanziale parità di funzioni. Non può soccorrere allora la distinzione tra diritto e interesse, già criticata del resto da Meucci anche per il sistema di giurisdizione unica, non può rappresentare un valido criterio di riparto di giurisdizioni « perché giudizio non è possibile se non nel campo del diritto. Il giudizio è la *restituzione* di un diritto come la legge è la *istituzione* del diritto »⁽³⁵⁾.

Risolvendo il contenzioso amministrativo nella funzione giurisdizionale veniva meno anche il precario equilibrio sulla base del quale si era cercato di contemperare diritti del cittadino e indipendenza dell'apparato: si presentavano allora nuove esigenze teoriche che rivendicavano la necessità di criteri concettuali che esprimessero al tempo stesso la specialità del giudizio amministrativo e l'uguaglianza della funzione, che sintetizzassero differenze qualitative, ma anche una fondamentale identità di sostanza.

Il concetto di diritto pubblico soggettivo diventa quindi la risposta al premere di queste esigenze teoriche, la soluzione dogmatica capace di interpretare, rispettando i principi, la specialità del diritto amministrativo, la peculiarità della sfera del « pubblico ».

Che « la teoria dei diritti pubblici subiettivi » potesse essere proficuamente utilizzata per risolvere la disparità dei criteri e la confusione di dottrina e giurisprudenza intorno ai temi della giustizia amministrativa era del resto sostenuto, negli stessi mesi, anche

⁽³⁴⁾ MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 12.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 14.

da Antonio Longo⁽³⁶⁾ che muoveva da premesse molto vicine a quelle di Meucci: prendendo le distanze dalla posizione negativa che era stata propria di Carl Friedrich von Gerber⁽³⁷⁾ e rifiutando la definizione che faceva consistere nella *facultas agendi*, nella *Willensmacht* l'essenza del diritto soggettivo⁽³⁸⁾, si approdava ad una nozione che, utilizzando terminologie e formule provenienti in larga misura dalle pagine di Rudolf von Jhering⁽³⁹⁾, permetteva di superare il conflitto, diversamente non componibile, tra sovranità e volontà dello Stato da una parte e libertà e volontà del cittadino dall'altra.

(36) A. LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, I (1891), p. 165, per il quale le difficoltà teoriche del contenzioso erano principalmente dovute « alla deficienza di una solida ricostruzione di quelle teorie generali che di quell'ordine di studii costituiscono la base ».

(37) C. F. v. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, trad. ital. a c. di P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in ID., *Diritto pubblico*, Milano, 1971, p. 67: « il significato generale di quei così detti diritti di cittadino (libertà politiche) può trovarsi solo in qualcosa di negativo, e cioè nel fatto che lo Stato nel suo dominio ed assoggettamento dell'individuo si mantiene entro i suoi limiti naturali... Questi diritti rimangono sempre soltanto negazioni, restringendo il Potere statale nei limiti delle sue facoltà; essi vanno considerati solo come i limiti dei diritti del monarca dal punto di vista dei sudditi ». Sulla complessa figura di Gerber basti rinviare a NIGRO, *Il segreto di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), pp. 293-333; FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 193-211 e p. 243-279; HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, cit., pp. 28 e ss.; M. G. LOSANO, *Studien zu Jhering und Gerber*, Teil 2, Ebelsbach, 1984, pp. 90 e ss.

(38) Non importa ricordare che tale definizione risaliva a B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. ital. a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle Pandette*, vol. 1°, pt. 1ª, Torino, 1902, p. 170.

(39) R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1888 (4ª ediz.), III, 1, p. 339.

Sull'approdo di Jhering alla teoria secondo la quale « Rechte sind rechtlich geschützte Interessen », cfr. almeno M. VILLEY, *Le droit subjectif chez Jhering*, in *Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, hrsg. von F. Wieacker und C. Wollschläger, Göttingen, 1970, pp. 217-27. Un'ampia bibliografia delle opere di e su Jhering pubblicate in Italia a partire dalla seconda metà dell'ottocento in E. BONAZZI, *La fortuna di Jhering in Italia*, in *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, a cura di M. G. Losano, Milano, 1977, pp. 629 e ss..

Se quindi il diritto pubblico soggettivo poteva essere definito « una facoltà del privato fondata in una norma di diritto pubblico »⁽⁴⁰⁾, era anche possibile ipotizzare per Lorenzo Meucci una distinzione tra la competenza del giudice ordinario e del giudice amministrativo riconducibile ad una diversità materiale della norma, privata o pubblica, applicabile alla fattispecie, distinzione che aveva lo scopo essenziale di salvare il principio cardine che ascriveva il foro amministrativo alla funzione giurisdizionale⁽⁴¹⁾.

Su questa strada ci si imbatteva tuttavia in dati normativi fortemente contrastanti: la non distinzione tra diritti privati e pubblici prevista dalla legge del 1865, la salvaguardia delle competenze della magistratura ordinaria operata dalla legge del 1889, il nodo teorico costituito dall'accostamento di « violazione di legge » e di « interesse », rappresentavano dei parametri normativi difficilmente conciliabili con la teoria del diritto pubblico soggettivo come materia del giudizio amministrativo.

Si ripresentavano tutte le incertezze applicative del sistema di giurisdizione unica, le contraddizioni latenti tra i modelli del movimento di riforma ed i compromessi del testo normativo, la mancata soluzione in sede legislativa dei problemi nodali collegati all'istituzione della IV sezione, la sovrapposizione, spesso inconsapevole, di un sistema di tutela ad un altro. Pesava in particolare il contrasto tra la prospettiva « oggettiva » che per tutto il corso degli anni '80 aveva caratterizzato l'idea di una « giustizia nell'amministrazione » e le necessarie aperture « soggettivistiche » della riforma: sia pur in parte anche distorta dai motivi connessi all'impugnabilità delle decisioni della IV sezione, l'alternativa tra contenzioso e giurisdizione amministrativa condensava la maggior parte delle difficoltà teoriche, implicava una soluzione al problema dell'autonomia dell'apparato, solo scalfita dall'incerta giuridicizza-

(40) MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 16.

(41) Nella letteratura giuridica italiana esisteva del resto l'importante precedente teorico di CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, cit. (su cui retro pp. 183 e ss.) che, seguendo i modelli concettuali di Otto von Sarwey, aveva già ricondotto, ma all'interno di una prospettiva che tendeva a potenziare le possibilità garantiste del sistema di giurisdizione unica, il giudizio amministrativo alla cognizione dei diritti pubblici soggettivi.

zione dell'amministrazione pura tentata con la teoria del « diritto d'ispezione » da Spaventa nel discorso inaugurale ⁽⁴²⁾.

Individuazione del criterio di riparto, natura della IV sezione, oggetto ed estensione del giudizio, senza dar conto delle molteplici questioni particolari, rimanevano elementi ancora in attesa di una soddisfacente definizione.

Fu ancora Meucci, proprio nel tentativo di prospettare alternative interpretative il più possibile rispondenti al dettato normativo, ad avanzare l'idea che oggetto del giudizio della IV sezione potessero essere degli « interessi legittimi », una categoria non ascrivibile ai « diritti », che la legge conservava alla competenza della magistratura ordinaria, ma neanche agli « interessi semplici », materiali, economici, che non potevano invocare la corrispondenza con « un diritto obbiettivo pur esso offeso dall'atto amministrativo » ⁽⁴³⁾.

Se il concetto di diritto pubblico soggettivo poteva trovare, specialmente nella letteratura giuridica di lingua tedesca, importanti precedenti ed ampie utilizzazioni, neppure la nozione di « interesse legittimo » poteva essere considerata una novità in senso assoluto e segni importanti dell'uso di questa terminologia erano rintracciabili nello stesso dibattito parlamentare che aveva preceduto l'abolizione del contenzioso. Lo aveva ricordato pochi anni prima la stessa relazione Costa attribuendo agli abolizionisti — con un'imprecisione storica non del tutto casuale e puntualmente rilevata da chi al Senato si era fatto carico di difendere la razionalità delle scelte del 1865 — l'introduzione di quella distinzione tra « *diritti civili o politici perfetti* » e « *diritti minori od imperfetti* » che avrebbe dovuto contraddistinguere le competenze rispettive di magistratura e amministrazione ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. *retro* pp. 207 e ss.

⁽⁴³⁾ MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 15.

⁽⁴⁴⁾ *Relazione dell'Ufficio centrale*, cit., p. 1. Le affermazioni della relazione, che vanno inserite in una prospettiva di svalutazione dei contenuti « liberali » della legge del 1865, furono prontamente contestate, nel dibattito in aula, da Pierantoni: « nel governo costituzionale l'uomo e il cittadino sono riconosciuti con duplice serie di diritti, i civili ed i pubblici, o politici, e questi sono inviolabili quanto quelli civili. Nessuna Costituzione

In realtà proprio l'abolizione del contenzioso e l'introduzione del sistema di giurisdizione unica attuate seguendo la formula teorica della distinzione tra diritto e interesse, tra rilevante ed irrilevante giuridico, tra attività amministrativa interamente sottoposta al controllo normativo e amministrazione pura affidata all'autonomia dell'apparato, avevano reso priva d'influenza ogni indagine che individuasse in una diversità di situazioni soggettive il criterio di riparto tra potere giurisdizionale e amministrativo.

Furono infatti gli oppositori del progetto abolitivo, recuperando terminologie usate, ma con funzioni e scopi diversi, anche da alcuni amministrativisti francesi⁽⁴⁵⁾, a sostenere l'esistenza di situazioni soggettive « minori » rispetto al diritto soggettivo, ma che pure reclamavano protezione e rivendicavano la conservazione degli strumenti di garanzia che il sistema del contenzioso poteva offrire.

Se, come sosteneva Rattazzi, accanto ai diritti assoluti e perfetti esistevano « diritti subordinati all'interesse generale », oppure, seguendo le definizioni di Filippo Cordova, « diritti minori », « diritti subordinati », « interessi legittimi », era allora necessario salvare gli istituti del contenzioso, considerata l'impossibilità di affidare al giudice ordinario valutazioni relative all'« utilità pubblica »⁽⁴⁶⁾.

li distinse in perfetti od imperfetti, in maggiori o minori » (*Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni, Tornata del 20 marzo 1888, p. 1159*).

⁽⁴⁵⁾ Il termine di « droits imparfaits » compare in M. DE GÉRANDO, *Discours d'ouverture du Cours de droit public et administratif*, in *Thémis*, 1819, tm. I, p. 79, ma come primo tentativo di formalizzare « l'inégalité des intérêts » che doveva caratterizzare le controversie del cittadino con la pubblica amministrazione e che giustificava la loro attribuzione in via generale ad un giudice speciale. Proprio questa generalità di competenza del *Conseil d'Etat* francese non richiese in Francia l'approfondimento dei profili relativi alle situazioni soggettive come momento discriminante il riparto delle attribuzioni tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. Sul punto SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, cit., pp. 301 e ss.; CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, cit., pp. 133-4.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. rispettivamente *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. VIII, 2ª sessione. Discussioni, Tornata dell'11 giugno 1864, p. 2918; ibid.*, Tornata del 13 giugno 1864, p. 2934.

Proprio la stretta correlazione tra interesse privato e interesse pubblico richiedeva quindi il mantenimento del contenzioso, dimostrava la razionalità e la necessità di un'istituzione che esprimesse importanti elementi garantisti, ma rigidamente funzionalizzati alla riaffermazione dell'indipendenza e dell'autonomia dell'apparato⁽⁴⁷⁾.

In nome di questa autonomia e pur ammettendo il sindacato del giudice ordinario nelle controversie, in cui l'amministrazione si presentava come persona giuridica privata, la difesa degli istituti del contenzioso palesava una concezione dei rapporti amministrativi fortemente sbilanciata a favore dell'amministrazione, non soltanto ostile allo sviluppo di forme di tutela indipendenti ed estranee alla stessa organizzazione gerarchica, ma drasticamente indisponibile ad ammettere l'esistenza di posizioni di diritto soggettivo nei confronti del potere amministrativo.

Escluse le ipotesi in cui era la stessa amministrazione a svestire i propri panni di autorità per porsi sullo stesso piano del cittadino utilizzando forme ed istituti del diritto civile, tutto l'immenso campo dell'attività amministrativa doveva essere rigorosamente precluso al diritto soggettivo ed al giudice ordinario.

Su queste basi, come sappiamo, si era posto lo stesso Consiglio di Stato, arbitro delle decisioni sui conflitti di attribuzione sino al 1877, ma al momento in cui Meucci scriveva gli equilibri tra potere giudiziario e amministrativo erano sostanzialmente diversi e non si poteva non tener conto del fatto che il giudice ordinario aveva significativamente riconquistato al proprio sindacato importanti settori di controversie⁽⁴⁸⁾.

Lo stesso Lorenzo Meucci, del resto, pubblicando la prima edizione delle sue *Istituzioni* a due anni di distanza dall'attribuzione alla Corte Suprema di Roma delle decisioni sui conflitti, aveva contribuito in modo rilevante ad avvalorare un'interpretazione del sistema di giurisdizione unica più vicina a quel fascio di elementi garantisti ed autoritari, non certo privo di contraddizioni, in cui si era espressa l'intenzione del legislatore del 1865, favorendo con esegesi più rispettose della lettera del testo normativo, l'abbandono

(47) Molto chiare in questo senso le affermazioni di Rattazzi citate *retro* cap. 1°/1^a pt., nota n. 13.

(48) Cfr. *retro* pp. 57 e ss.

di quegli schemi che, a partire dalla distinzione tra attività di gestione e d'impero, erano serviti al Consiglio di Stato per depotenziare gli effetti innovatori della riforma.

Di conseguenza, partendo da un'impostazione ben ancorata alla centralità del giudice ordinario nel sistema, l'ipotesi, per altro avanzata con notevoli perplessità, che la competenza della IV sezione fosse individuabile attraverso la nozione di « interesse legittimo », non poteva avere valenze e significati comparabili con l'uso di concetti almeno terminologicamente simili fatto dai sostenitori del contenzioso, che postulavano invece un ruolo estremamente residuale della magistratura nei fatti dell'amministrazione.

Meucci si muoveva in una prospettiva che richiamava da vicino, almeno idealmente, quella di Augusto Pierantoni che nel dibattito al Senato si era addossato il gravoso onere di oppositore del progetto governativo, accusato di aver affidato ad un « istituto stranissimo », nato dalla confusione tra amministrazione pura e contenziosa, una materia che il giurista abruzzese non aveva avuto difficoltà a classificare come « l'ignoto »⁽⁴⁹⁾. Altrettanto dubitative erano infatti le premesse di partenza del ragionamento di Meucci: « qui sorge da prima il domandare se sia possibile codesta terza categoria di un " interesse legittimo " , che spunta fuori tra le due, sinora così divise, di interesse semplice e di interesse giuridico, cioè di quell'interesse cui corrisponde un diritto, e che pertanto diritto non sia »⁽⁵⁰⁾.

Si ritornava così al nodo cruciale posto dalla relazione tra « interesse » e « violazione di legge » contenuta nell'articolo 24 del T.U., nella ricerca degli elementi che differenziavano e caratterizzavano il giudizio amministrativo.

Il problema si spostava verso il rapporto tra la norma violata e l'interesse protetto: se in via normale la violazione di una norma dettata per la protezione di determinati interessi configurava una lesione di diritti soggettivi ed azionava la corrispondente competenza del giudice ordinario, per definire le attribuzioni della IV

⁽⁴⁹⁾ *Atti parlamentari. Senato del Regno, Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni, Tornata del 20 marzo 1888, p. 1174.*

⁽⁵⁰⁾ MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 15.

sezione occorre ipotizzare una diversa relazione tra norma e interesse, dato che la legge escludeva espressamente che « i ricorsi » fossero già affidati alla decisione dell'autorità giudiziaria⁽⁵¹⁾.

L'approdo al concetto di « interesse legittimo » come « interesse occasionalmente protetto » ha quindi motivazioni chiaramente operative; si spiega in primo luogo per le difficoltà esegetiche poste dal testo normativo, per l'ansia quasi oppressiva di trovare una soluzione agli incerti equilibri fissati dalla riforma tra le competenze della nuova istituzione e quelle consolidate della magistratura ordinaria.

In questa direzione esistevano del resto autorevoli precedenti, specialmente nella letteratura giuridica tedesca: innanzi tutto gli studi di teoria generale di Rudolf von Jhering intorno ai « Reflexwirkungen des objektiven Rechts »⁽⁵²⁾, lo stesso concetto di diritto pubblico soggettivo enucleato da Gerber ed intimamente connesso ad una accidentalità di protezione⁽⁵³⁾ non a caso puntualmente ri-

(51) « Ordinariamente, quando vi è incompetenza od eccesso di potere, quando le leggi violate erano state fatte appunto per proteggere certi dati interessi, quando, in virtù della tutela speciale ad essi accordata, diventano diritti, (ed in questo caso) la competenza è dell'autorità giudiziaria »: così in *Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni*, Tornata del 22 marzo 1888, p. 1212, l'intervento del Procuratore generale della Corte di Cassazione Francesco Auriti, tra i primi a prospettare l'ipotesi dell'interesse occasionalmente protetto come oggetto della competenza della IV sezione. (Cfr. *ibid.*, p. 1212, l'esempio, ripetutamente utilizzato dai giuristi nelle prime esegesi dell'art. 24, della lesione degli interessi dei proprietari e dei Comuni, favoriti dalla vicinanza di una linea ferroviaria, il cui tracciato fosse stato stabilito per legge e variato illegittimamente dall'autorità amministrativa. Non essendo configurabile un « diritto » al tracciato, la cui determinazione poteva dipendere soltanto da considerazioni relative all'utilità pubblica, l'« interesse », che pure implicava una « violazione di legge », sarebbe stato oggetto del giudizio della IV sezione).

(52) JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen*, 1866, ora in *Id.*, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 2., Jena, 1882, pp. 79 e ss..

(53) Cfr. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Dresden, 1880 (1ª ed. Leipzig, 1865), trad. ital. a c. di P. L. Lucchini, *Lineamenti di diritto pubblico*, in *Id.*, *Diritto pubblico*, cit., p. 203: « la formulazione giuridica del rapporto di sudditanza statale deve apparire,

chiamata da Antonio Longo proprio per sciogliere l'enigma interpretativo della competenza generale di legittimità⁽⁵⁴⁾.

Percorrendo un'altra via, tutta interna al dato giuridico, tutta giocata intorno a questioni esegetiche, imboccata per la necessità, una volta collocata anche la IV sezione sul piano della funzione giurisdizionale, d'individuare un *quid novi* rispetto al diritto soggettivo che la differenziasse dalle competenze del giudice ordinario, si arrivava così a soluzioni non lontane da quelle più « politicamente » orientate di Silvio Spaventa⁽⁵⁵⁾.

per il sistema, come l'elemento principale, caratterizzante, e (che) viceversa la configurazione dei diritti civili, che io, in senso figurato, per identificarli nel loro momento generico, ho chiamato riflessi, deve qui aggiungersi come secondaria ».

(⁵⁴) LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., p. 335: per l'articolo 24 della legge del 1889 « bisogna invece supporre che la espressione di 'interesse che deduce una violazione di legge' implichi quel concetto affermato dal Gerber cioè che qui si tratti di legge, la quale intese imporre un vincolo affatto obbiettivo all'azione della pubblica autorità senza perciò fondare un diritto subbiettivo ».

(⁵⁵) La stretta dipendenza della teoria dell'interesse legittimo come « oggetto di tutela riflessa » dalla concezione del Consiglio di Stato come « organo di giustizia nell'amministrazione » è stata già puntualmente rilevata da GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. 2^a, p. 21 e pt. 3^a, pp. 243 e ss.. Tuttavia se in Spaventa l'occasionalità della protezione dell'interesse privato — per il quale propriamente non si poneva una questione sul suo essere o meno una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto — interpretava la razionalità di un modello programmaticamente rivolto alla difesa dell'interesse pubblico, alla salvaguardia dell'integrità dello « statuale » rispetto all'instabilità del « politico » e che di conseguenza affidava tale difesa ad una struttura rigorosamente interna alla pubblica amministrazione, ben più gravi contraddizioni si aprivano nel momento in cui, su queste basi, ipotizzando addirittura l'esistenza di una situazione soggettiva intermedia tra diritto e interesse semplice, si cercava di giustificare i poteri processuali delle parti all'interno di un sistema giurisdizionale.

Le gravi perplessità di Meucci che, prospettata la soluzione dell'interesse legittimo come oggetto del giudizio della IV sezione, giungeva poi ad una critica che poneva in discussione la stessa coerenza del disegno legislativo, erano pertanto particolarmente significative e richiamavano da vicino le critiche molto più articolate che Georg Jellinek formulerà l'anno successivo nel suo *System* contro la teoria dell'effetto riflesso, quando con essa si voleva arrivare a giustificare la capacità dell'individuo « di mettere

Tuttavia, se nelle pagine del discorso inaugurale il carattere meramente « occasionale » dell'interesse del privato nella revisione dell'atto amministrativo⁽⁵⁶⁾ era strettamente collegato alla tesi della giurisdizione oggettiva e ad una concezione della giustizia amministrativa come funzione dello stesso « amministrare » e seguiva perciò da vicino le prospettive teoriche di Rudolf von Gneist, in Lorenzo Meucci l'idea di « un interesse leso occasionalmente » costituiva soltanto una possibilità interpretativa che garantisse alla riforma un minimo di funzionalità, un « espediente » escogitato, rinunciando alla naturalezza della distinzione tra diritto soggettivo e interesse semplice, per risolvere una difficile questione esegetica⁽⁵⁷⁾.

Le difficoltà già incontrate da Spaventa nel delineare le norme di riscontro al controllo esercitato dalla IV sezione, diventavano insuperabili in una prospettiva che partiva dall'identità di giudizio amministrativo e funzione giurisdizionale: la giuridicizzazione dell'amministrazione pura era rimasta ancorata in Spaventa ad una evoluzione, ad un perfezionamento di forme di controllo da sempre esercitate dalla pubblica amministrazione sull'operato dei propri agenti, non aveva messo in dubbio la natura discrezionale delle decisioni dell'apparato, la mancanza di una completa copertura dell'attività amministrativa da parte della norma. La natura « occasionale » dell'interesse era stata una conseguenza di tutto questo, l'effetto di una verifica limitata al rispetto dell'interesse pubblico ed esercitata in una sfera di libertà amministrativa.

Una volta però che il giudizio amministrativo veniva ricondotto alla funzione giurisdizionale, al conflitto di parti, come era possibile giustificare i poteri processuali del ricorrente basandosi

in movimento norme di diritto pubblico nel suo interesse » (cfr. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905 (1^a ed. 1892), trad. ital., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, pp. 89-90 e p. 396 in nota).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *retro* nota n. 28 cap. 5^o/1^a pt.

⁽⁵⁷⁾ L'espressione è di E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, Prolusione al Corso di diritto amministrativo tenuta nella Università di Padova il 14 dicembre 1936, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, ora in *Id.*, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 8.

sul collegamento del tutto accidentale con i preminenti interessi dell'amministrazione?

Per questo le conclusioni di Meucci erano improntate ad una sostanziale perplessità, sfociavano in una critica aspra della riforma, accusavano la legge di irrazionalità e di incoerenza, le rimproveravano la « mancanza di una vera ragione giustificatrice della competenza del contenzioso amministrativo in interessi puri, solo occasionalmente violati da atti amministrativi illegittimi o ingiusti »⁽⁵⁸⁾.

Si scontravano quindi due modelli diversi di amministrazione: il modello di Meucci era favorevole a risolvere secondo moduli civilistici il rapporto amministrativo, pronto a riconoscere l'identica soggezione al diritto del cittadino e dell'amministrazione, ma anche a riconoscere l'esistenza di due sfere di libertà. La sottoposizione dell'amministrazione al giudice di diritto comune determinava una indiscussa centralità del giudice ordinario nel sistema — il giudice tuttavia sarebbe potuto essere anche speciale se appartenente all'unitaria funzione giurisdizionale —, ma doveva di necessità arrestarsi di fronte alla libertà dell'amministrazione, a quella sfera di amministrazione pura in cui per definizione gli interessi privati non potevano assurgere alla dignità di diritti soggettivi⁽⁵⁹⁾. In questo modo un indirizzo tendenzialmente più garantista e meno incline a valorizzare gli elementi di « specialità » del

⁽⁵⁸⁾ MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 32. Sul punto si veda il giudizio molto lucido di V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XIX (1965), p. 1625: « il sistema della legge del 1865, ove ne fossero state intese tutte le preziose tessere di cui si componeva, era in grado di ridurre al minimo la cognizione degli interessi, per i quali si sollecitava la tutela della IV sezione del Consiglio di Stato ». Perciò proprio per giuristi come Lorenzo Meucci, che avevano difeso la razionalità e le potenzialità garantiste del sistema di giurisdizione unica, avevano affermato la competenza quasi « illimitata » del giudice ordinario, doveva riuscire particolarmente difficile individuare una sostanziosa messe di controversie da attribuire alla IV sezione.

⁽⁵⁹⁾ Soltanto « ragioni al tutto d'ordine politico » avrebbero potuto richiedere « un giudizio anche in opera di amministrazione pura », esigere « tale sovrabbondanza di protezione » (MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 26).

diritto amministrativo finiva anche per limitare l'estensione della cognizione del giudice, per ritenere privo di effetti, al di fuori dell'organizzazione gerarchica, un controllo della libertà dell'amministrazione.

Il modello spaventiano, dall'altra parte, pur non rinnegando la validità della scelta abolitiva e l'importanza di una dimensione « soggettivistica », si era perfettamente estrinsecato nella tesi della giurisdizione oggettiva proprio perché partiva da preoccupazioni « istituzionali » e solo *lato sensu* garantiste per l'uso non arbitrario dei poteri discrezionali dell'amministrazione.

Facendosi scudo della natura rigorosamente amministrativa della IV sezione, il modello spaventiano sembrava esprimere — si pensi alle pagine di Alfredo Codacci Pisanelli dedicate all'eccesso di potere — le maggiori possibilità innovative, garantendo il perfezionamento dei controlli in settori esclusi dalla competenza del giudice ordinario, interpretava una razionalità calata nella reale dimensione di potere autoritativo acquisita dalla pubblica amministrazione e non scalfita dalla legge del 1865, rispondeva alla mancata estensione, per ostacoli teorici ed impedimenti istituzionali, del sindacato del giudice ordinario nel tessuto dell'amministrazione pura.

La ricostruzione molto sofferta di Lorenzo Meucci aveva svelato tuttavia contraddizioni latenti, la parziale sovrapposizione del sindacato della IV sezione a quello già esercitato dal giudice ordinario, difficili problemi applicativi: per il momento l'ipotesi dell'appartenenza della nuova istituzione alla funzione giurisdizionale aveva aperto problemi quasi insolubili di distinzione dalle attribuzioni della magistratura, si era insabbiata in un vicolo cieco.

Esistevano ormai motivi sufficienti perché parallelamente alle prime pronunzie giurisprudenziali, il dibattito teorico si ponesse alla ricerca di un criterio di riparto che garantisse al sistema un minimo di operatività.

CAPITOLO SECONDO

LA FORMAZIONE DI NUOVI STRUMENTI DOGMATICI

1. I problemi del riparto: tra *petitum* e *causa petendi*. — 2. Dai problemi del riparto alla teoria del riparto: alle origini della nozione di interesse legittimo.

1. *I problemi del riparto: tra petitum e causa petendi.*

La diatriba che, opponendo i sostenitori del *petitum* a quelli della *causa petendi* ⁽¹⁾, ha condizionato per molto tempo i tormentati problemi del riparto di giurisdizione, nacque, com'è noto, proprio nei primissimi anni che seguirono l'istituzione della IV sezione e rappresentò il principale momento di aggregazione dei tentativi interpretativi dei giuristi, il fulcro di un dibattito che arrivò ad investire il sistema di giustizia amministrativa nella sua complessità.

⁽¹⁾ Con il termine di *petitum* (« ciò che si domanda al giudice ») e di *causa petendi* (il « fatto giuridico che l'attore pone a fondamento della sua domanda ») si è soliti indicare, accanto all'elemento primario rappresentato dall'identità e qualità delle parti, gli elementi identificativi dell'azione: cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1933, pp. 28 e 321 e ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1973 (3^a ed.), pp. 152-4.

Nella terminologia giuridica riguardante il problema del riparto delle giurisdizioni i due concetti sono stati, almeno sino al concordato giurisprudenziale D'Amelio-Romano (su cui *infra* nota 8, cap. 4^o/3^a pt.) — che introdusse il c.d. « contemperamento tra *petitum* e *causa petendi* » —, alternativi: per i sostenitori della tesi del *petitum* il riparto doveva infatti essere determinato dal provvedimento giurisdizionale domandato dall'attore (risarcimento del danno - giudice ordinario/annullamento dell'atto - giudice amministrativo), per gli altri dalla situazione giuridica dedotta in giudizio (diritto soggettivo - interesse legittimo). A questo proposito cfr. almeno, GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. 3^a, pp. 225 e ss.; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 171 e ss..

Fu infatti in margine ad una sentenza della Corte di Cassazione del giugno 1891, divenuta famosa col nome di caso Laurens⁽²⁾, che il problema fu posto per la prima volta da un romanista insigne che dedicò anche alle vicende della giustizia amministrativa un'assidua attenzione, Vittorio Scialoja⁽³⁾.

(²) Si tratta della sentenza Cass. Roma, 24 giugno 1891, Sez. Un., in *Giurispr. ital.*, XLIII (1891) I, 3, p. 181: « allorché ad un agente di emigrazione munito di regolare patente viene impedito o limitato l'esercizio della sua professione, il decidere sulla questione insorta in seguito alla limitazione o impedimento sopradetto, non è di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato, ma dell'Autorità giudiziaria, trattandosi di domanda contro la lesione di un diritto commesso per eccesso di potere e violazione di legge, e non di un semplice interesse leso abusando del potere e violando la legge ». Per un'analitica ricostruzione di questa famosa vicenda giudiziaria, con la quale la Cassazione escludeva la competenza della IV sezione nell'ipotesi di ricorso diretto ad ottenere l'annullamento di un atto amministrativo lesivo non di un semplice interesse, ma di un vero diritto, cfr. P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amministrativo*, XLV (1969), pt. III, pp. 126-7; CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 57 e ss.

(³) V. SCIALOJA, *La competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, XVI (1891), I, pp. 1118 e ss., ora in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto pubblico*, cit., pp. 195-199.

Sulla possente personalità culturale e sulla completa e complessa figura di giurista che fu propria di Vittorio Scialoja (Torino 1856 - Roma 1933), figlio di Antonio, laureatosi in giurisprudenza all'università di Roma nel 1877, fondatore nel 1888 e segretario perpetuo dell'Istituto di diritto romano, senatore dal 1904, capogruppo consiliare al Campidoglio nell'amministrazione Nathan (1907-1912), ministro di grazia e giustizia con Sonnino dal 1909 al 1910, degli esteri nel gabinetto Nitti, delegato italiano alla Società delle Nazioni dal 1921 al 1932, e sul quale manca ad oggi una complessiva ricostruzione critica, si vedano i profili di S. RICCOBONO, *Vittorio Scialoja*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano « Vittorio Scialoja »*, XLII (1934), pp. 1-22 (ed ivi pp. 22 e ss. notizie biografiche ed un elenco delle opere monografiche e degli scritti pubblicati ora nei 5 volumi degli *Studi giuridici*, cit.); E. ALBERTARIO, *Il pensiero e l'opera di Vittorio Scialoja*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, nuova serie IX (1934), pp. 20 e ss.; P. DE FRANCISCI, *Vittorio Scialoja*, in *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, CXIII (1935), pp. 3 e ss.; F. B. GABRIELI, *Scialoja Vittorio*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 695. Inutile precisare che il nostro interesse per il grande romanista dovrà necessariamente limitarsi in queste pagine agli importanti interventi che il maestro torinese dedicò ai problemi della giustizia amministrativa.

Ne nacque una polemica che occupò con prese di posizione, repliche, precisazioni, le riviste giuridiche dell'epoca, una polemica tutta giuridica fatta di sottigliezze processuali, di sofisticate esegesi dei testi normativi, di difficili e spesso specifiche questioni tecniche, che espresse perciò una sua autonomia, una dimensione di dotto disputa dottrinale che la rende oggi non facilmente storicizzabile, che sembra ricondurla a motivazioni e a logiche di esclusivo carattere tecnico-interpretativo.

Sovraccaricata, come tutte le questioni destinate a protrarsi molto al di là del loro momento di emersione, di altri significati e di altre valenze con lo sviluppo di più complessive teorie della giustizia amministrativa, quando fu proposta per la prima volta, l'alternativa *petitum causa petendi* rappresentava il segno tangibile delle difficoltà esegetiche connesse all'istituzione della IV sezione, interpretava certe contraddizioni del testo normativo, la duplicazione almeno parziale delle competenze del giudice ordinario che il giudizio amministrativo sembrava esprimere ed avvertita un po' in tutte le critiche rivolte alla riforma Crispi.

L'idea del « diritto fatto valere come interesse »⁽⁴⁾ lanciata da Scialoja in questa famosa nota a sentenza, va infatti collocata all'interno delle problematiche collegate all'interpretazione di quel binomio « interesse » « violazione di legge » che tante incertezze suscitava nei primi interpreti della legge del 1889.

Nell'affollarsi di tante contraddizioni interpretative, di gravi perplessità sulla razionalità stessa della riforma, che avevano caratterizzato — ad esempio — la sofferta esegesi di Meucci, l'ipotesi di Scialoja coglieva uno dei pochi elementi indiscutibili introdotti nel 1889: spostando l'attenzione degli interpreti dalle secche della distinzione tra diritto e interesse al provvedimento processuale ottenibile ricorrendo alla IV sezione, Scialoja assicurava un'immediata operatività alla nuova istituzione, tagliava di netto quelle che a Meucci erano apparse insolubili questioni di riparto.

Abituati oggi a pensare i rapporti tra giudice ordinario e Consiglio di Stato in sede giurisdizionale in termini di distinzione tra situazioni soggettive, in un'ottica rigidamente « sostanzialistica »

(4) SCIALOJA, *La competenza della IV sezione*, cit., p. 195.

— ormai sanzionata anche normativamente ⁽⁵⁾ — la tesi di Scialoja ci appare fortemente contrastante col dato normativo o un voluto travisamento dell'intenzione del legislatore per mere esigenze di tattica forense ⁽⁶⁾, oppure, nelle interpretazioni più disponibili a dar credito all'intelligenza giuridica del grande romanista, una consapevole interpretazione della nozione di interesse legittimo come situazione soggettiva solo quantitativamente distinta dal diritto soggettivo ⁽⁷⁾.

In realtà, quando la tesi del *petitum* fu prospettata per la prima volta dalle colonne del *Foro italiano*, si era ancora lontani da impostazioni sostanzialistiche, che prenderanno campo proprio sull'onda dei problemi sollevati da Scialoja in un periodo di poco posteriore ad opera principalmente di Oreste Ranelletti.

Quando cioè Vittorio Scialoja, prendendo le mosse dall'assoluta estraneità degli oggetti processuali ottenibili di fronte al giudice ordinario ed alla IV sezione, individuava nell'annullamento dell'atto l'elemento cardine discriminante la competenza della nuova istituzione, l'alternativa interpretativa non poteva essere fondata sulla distinzione tra diritto e « interesse legittimo », che attendeva ancora la sua prima formulazione ⁽⁸⁾, ma era sempre rappresentata dalla distinzione tra diritto e interesse, la sola estrapolabile dai dati letterali forniti dal combinato disposto dall'articolo 2 della legge del 1865 e dall'articolo 24 del T.U. del 1889.

Ed « interesse », nel sistema di giurisdizione unica, non designava certo una situazione giuridica diversa dal diritto soggettivo, ma il campo dell'irrelevante giuridico, della libertà dell'amministrazione, poteva esprimere soltanto una nozione economica, un'utilità materiale che non riceveva la protezione della norma legislativa.

⁽⁵⁾ Si vedano gli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione.

⁽⁶⁾ Per questa interpretazione cfr. L. MARTONE, *L'« elegante questione » sulla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato (1890-1892)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVI (1976), pp. 1649 e ss.

⁽⁷⁾ GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. I, pp. 524-5, per il quale il rigetto della tesi di Scialoja comportò una definizione dell'interesse legittimo come « situazione sostanzialmente diversa da quella del diritto soggettivo ».

⁽⁸⁾ Il precedente di Meucci non è infatti molto significativo visto che le conclusioni del giurista romano sfociavano, come sappiamo, nel riconoscimento dell'incoerenza e dell'irrazionalità della legge di riforma.

Le prime riflessioni di Meucci intorno alle novità introdotte con la riforma del 1889 avevano dimostrato come la razionalità della distinzione tra diritto e interesse, tra l'utilità materiale protetta e non protetta dalla legge risultasse gravemente compromessa dai tentativi di ricondurre ad una questione « sostanziale » la distinzione tra competenze del giudice ordinario e della IV sezione.

La scelta di indirizzare la soluzione dei problemi del riparto verso l'individuazione di una situazione giuridica diversa dal diritto soggettivo non rappresentava quindi una via obbligata e necessaria, mentre la nozione di « interesse », che compariva nell'articolo 24 del T.U. del 1889, poteva ben avere, specialmente alla luce delle motivazioni e delle prospettive del dibattito che aveva preceduto la riforma, un contenuto esclusivamente procedimentale, di « occasione » cui la legge condizionava l'esperimento di un controllo sul corretto esercizio della libertà amministrativa ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Troppo orientate ad una sorta di inesorabile necessarietà della soluzione « sostanzialista » ci sembrano anche le considerazioni di BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 602, per il quale la nozione di interesse legittimo, la centralità del giudice amministrativo e l'imperatività del provvedimento affondavano le loro radici già nella legge abolitiva del contenzioso: l'indirizzo interpretativo inaugurato da Ranalletti riacquisterebbe così piena plausibilità in quanto in grado di rispondere « molto di più alla logica del sistema ».

Fu del resto lo stesso Ranalletti, qualche decennio più tardi rispetto alle vicende che stiamo analizzando (O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, pp. 319-20) a considerare che la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, tra attività vincolata e discrezionale dovesse essere rinvenuta negli stessi lavori preparatori dell'All. E, rivendicando così alla propria costruzione dottrinale una legittimità derivante direttamente dalle scelte dell'unificazione, ma al tempo stesso sottovalutando e quindi mistificando l'opera creatrice della scienza giuridica: il sistema dell'autorità e della supremazia della pubblica amministrazione.

Vedremo nelle pagine seguenti come già nei primi lavori che Ranalletti dedicherà ai problemi della giustizia amministrativa in questo inizio degli anni '90 compaiano, accanto ad innegabili elementi di continuità con gli equilibri fissati nel sistema di giurisdizione unica, anche sostanziali motivi di novità.

Per evitare errori di prospettiva e per conservare alle scelte interpretative ranellettiane l'evidente funzione « creatrice » che queste svolsero nei dibattiti successivi alla riforma del 1889, occorre ricordare che i soste-

Certo, col *petitum* si arrivava comunque ad una forzatura dell'intenzione del legislatore: nel 1889, nelle aule parlamentari, non si era pensato alla possibilità di una « doppia tutela » per le situazioni soggettive già protette dal sindacato del giudice ordinario e non a caso si era provveduto, attribuendo alla competenza di merito della IV sezione il potere di decidere sui ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento del giudicato dei tribunali ordinari, a risolvere i gravi problemi connessi all'attuazione delle sentenze giudiziarie, vincolate al divieto dell'annullamento dell'atto amministrativo, previsto espressamente dalla legge del 1865⁽¹⁰⁾.

Si trattava di una soluzione piuttosto tortuosa che non teneva conto delle critiche rivolte ad un'eccezione patente delle regole generali e che limitava drasticamente i poteri del giudice ordinario⁽¹¹⁾, ma significativa del perdurare di un'interpretazione del principio di divisione dei poteri chiaramente indirizzata a tutelare

nitori della teoria del *petitum* negarono, almeno in un primo momento, qualsiasi rilevanza ad un'autonoma situazione soggettiva tutelabile di fronte al giudice amministrativo, attribuendo — particolarmente evidente è il caso di Orlando — alla giustizia amministrativa la funzione oggettiva di garantire la legalità e l'imparzialità dell'attività amministrativa e conservando al giudice ordinario la preminente funzione di difesa degli interessi individuali elevati dalla legge a diritti soggettivi.

⁽¹⁰⁾ Si tratta del c.d. giudizio di ottemperanza previsto attualmente dall'art. 27 n. 4 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, un'innovazione che nel dibattito parlamentare venne così salutata da Crispi: « oggi, con la nuova legge, facciamo un altro passo. Qualora la pubblica amministrazione non obbedisca al pronunciato dell'autorità giudiziaria, provvederà il Consiglio di Stato ». Per i difficili problemi relativi all'inquadramento teorico di questo modo di attuazione della sentenza del giudice ordinario basti qui rinviare a NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 244-7. La frase di Crispi è in *Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Legislat. XVI, 3ª sessione. Discussioni*, Tornata del 6 febbraio 1889, p. 211.

⁽¹¹⁾ La soluzione adottata nel 1889 era tuttavia direttamente consequenziale al principio sancito nel secondo comma dell'art. 4 dell'All. E per il quale la revoca o la modifica dell'atto amministrativo impugnato poteva avvenire soltanto « sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso ». Particolarmente significativa la critica formulata da Lorenzo Meucci al divieto per il giudice ordinario di annullare l'atto impugnato e già riportata alla nota n. 72 del cap. 1º/1ª pt.

anche i valori « costituzionali » d'indipendenza e di autonomia della pubblica amministrazione⁽¹²⁾.

Se quindi l'intenzione del legislatore e prima ancora la prospettiva generale del « movimento per la giustizia nell'amministrazione » era stata quella di assicurare una forma di controllo per le controversie escluse dalla tutela del sistema di giurisdizione unica, abbiamo anche visto che questa esigenza era maturata in un orizzonte concettuale lontanissimo dall'idea di proteggere situazioni giuridiche soggettive minori o diverse dal « diritto civile e politico » oggetto delle preoccupazioni del legislatore dell'unificazione.

La teoria della giurisdizione a tipo oggettivo aveva così costituito la formalizzazione più precisa dei presupposti della riforma: la natura rigidamente amministrativa della IV sezione ed il controllo limitato rigorosamente alla verifica della legalità dell'esercizio del potere amministrativo avevano espresso le coordinate di un « giudizio » in cui l'interesse del cittadino entrava come semplice occasione di un controllo esercitato dalla stessa amministrazione intorno al proprio operato.

La possibilità di annullare l'atto amministrativo impugnato esprimeva perciò da una parte i confini di un giudizio limitato alla verifica della legittimità del potere, in un settore, l'amministrazione pura, nella quale era impossibile l'idea stessa di « rapporto amministrativo »⁽¹³⁾, dall'altra rappresentava l'espressione di una facoltà tipicamente amministrativa e peculiare degli strumenti di tutela interni all'apparato, di cui la IV sezione doveva costituire un perfezionamento ed un'evoluzione.

In questo quadro la teoria del *petitum* acquisiva allora una maggiore plausibilità, portava alle estreme conseguenze il modello di un controllo limitato alla verifica della stretta legalità dell'ope-

(12) Cfr. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., pp. 729 e ss.

(13) Ancora oggi del resto rimangono prospettive di sviluppo della giustizia amministrativa più auspicate che realizzate sia il fatto che anche nel processo amministrativo la tutela debba avere per oggetto « il rapporto amministrativo inerente alla funzione e non l'atto né il potere », sia che i poteri decisori del giudice non si limitino alle sole pronuncie di annullamento. Cfr. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, CIX (1984), V, p. 218.

rato della pubblica amministrazione applicandolo anche alle lesioni di un diritto civile e politico, ma superava, rendendolo privo di ogni influenza, il grave problema della distinzione tra diritto e interesse, toglieva drammaticità all'indagine sul binomio « interesse » « violazione di legge », scaricato del grave onere di rappresentare il momento discriminante della competenza tra giudice ordinario e IV sezione.

Attraverso una forzatura del testo normativo e dell'intenzione del legislatore, che non aveva pensato ad una competenza tendenzialmente generale della IV sezione, ma si era limitato ad organizzare delle forme di tutela per controversie escluse dalla competenza del giudice ordinario⁽¹⁴⁾, si traevano tutte le conseguenze possibili dal principio della natura amministrativa della nuova istituzione ammettendo che la verifica oggettiva dell'uso del potere ed il susseguente annullamento dell'atto amministrativo illegittimo si svolgesse anche nelle ipotesi di lesione di un diritto soggettivo⁽¹⁵⁾, senza con questo pregiudicare né la competenza giudiziaria, che avrebbe rappresentato per i diritti la garanzia giurisdizionale coesistente con i rimedi amministrativi, né la capacità estensiva del controllo della IV sezione nei settori di amministrazione pura.

Coerentemente a queste premesse, da parte di coloro che, come Giovanni Domenico Tiepolo, avevano sviluppato le considerazioni di Scialoja, era stata avanzata la proposta di abolire il ricorso al

(14) « Col disegno di legge, che ho l'onore di presentarvi, io mi limito a ciò che più urge, a dare un giudice supremo alle materie contenziose che mentre non cadono sotto la competenza dell'autorità giudiziaria sono però di tal natura da richiedere le forme tutelari di un giudizio amministrativo (*Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Documenti. Stampato n. 6*, Progetto di legge presentato dal Presidente del Consiglio, Ministro dell'Interno Francesco Crispi nella tornata del 22 novembre 1887, *Modificazioni della legge sul Consiglio di Stato*, p. 1.

(15) Per ottenere la tutela del diritto soggettivo di fronte alla IV sezione era tuttavia necessario, secondo Scialoja, che la diversità degli oggetti della domanda fosse « reale » e non « apparente », che il ricorrente cioè facesse valere « un interesse all'annullamento dell'atto superiore ed eccedente i limiti dell'interesse che potrebbe costituire il contenuto del diritto soggettivo » (SCIALOJA, *Ancora sui limiti della competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giustizia amministrativa*, 1892, ora in Id., *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto pubblico*, cit., p. 208.

Re, strumento di controllo della legalità amministrativa ormai divenuto superfluo e inutilmente concorrenziale con il più sofisticato e garantistico giudizio di fronte alla IV sezione, così come pure si chiedeva di abolire i ricorsi gerarchici per le materie passate nella competenza di merito⁽¹⁶⁾.

In un panorama interpretativo segnato da tante incertezze e perplessità, abbandonata la prospettiva di risolvere nella funzione giurisdizionale l'attività della IV sezione per l'estrema difficoltà d'immaginare un giudizio che avesse per oggetto una « quiddità » diversa dal diritto soggettivo⁽¹⁷⁾, la tesi del *petitum* offriva vantaggi evidenti, semplificando radicalmente il problema del riparto ed interpretando, sia pure nel senso più estensivo, lo scopo essenziale della riforma, che, mantenendo integre le competenze del giudice ordinario sui diritti civili e politici, aveva voluto realizzare una legalità dell'esercizio del potere amministrativo intesa in senso oggettivo, come garanzia dell'integrità del potere stesso, dell'intangibilità del nucleo essenziale delle istituzioni rispetto all'instabilità del « politico ».

(16) G. D. TIEPOLO, *La giustizia amministrativa e il discentramento*, in *Giustizia amministrativa*, III (1892), pt. IV, pp. 119 e 137. Con Tiepolo infatti la teoria del *petitum* imbocca una strada che, come vedremo, sarà seguita anche da Orlando, trova nella natura amministrativa della IV sezione la giustificazione principale, affiancando ai rimedi giurisdizionali di carattere generale, già previsti dalla legge del 1865, « istituti di guarentigie amministrative generali anch'esse, ma non giurisdizionali » (CANNADA-BARTOLI, *Interesse (Diritto amministrativo)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXII, Milano, 1970, p. 12). Scialoja, che in questi primi interventi dell'inizio degli anni '90 non aveva affrontato espressamente il problema della natura giurisdizionale o amministrativa della IV sezione, approderà invece, sempre per evitare possibili conflitti tra le decisioni della nuova istituzione e della magistratura ordinaria, ad una soluzione diversa. Cfr. SCIALOJA, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato per l'art. 24 della legge 2 giugno 1889*, in *Giustizia amministrativa*, 1901, ora in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto pubblico*, cit., pp. 209 e ss., dove il riconoscimento della natura giurisdizionale della IV sezione, problema per altro riconosciuto « solo apparentemente e teoricamente » come principale, si collega strettamente alla limitazione del giudicato della stessa IV sezione al solo campo amministrativo.

(17) TIEPOLO, *La giustizia amministrativa e il discentramento*, cit., p. 103.

In questo senso, pur approdando a conseguenze non previste e probabilmente non volute dal legislatore del 1889, la teoria del *petitum*, specialmente negli sviluppi interpretativi ai quali venne sottoposta⁽¹⁸⁾, rappresentava un modo per restare fedeli al disegno generale della riforma, per garantire al modello della giurisdizione oggettiva, formalizzato nel discorso inaugurale di Spaventa, quella operatività e quella semplicità di applicazione che dai primi tentativi esegetici sembravano irrimediabilmente compromesse.

Una sentita esigenza di semplificazione, l'ansia di approdare ad una lettura il più possibile operativa di un testo normativo fortemente contraddittorio e scarsamente coordinato con la legge abolitiva del contenzioso, costituivano le motivazioni principali della tesi del *petitum*, che in questa primissima fase di applicazione della riforma non sintetizza un modello teorico complessivo della giustizia amministrativa, ma che più semplicemente si limita alla ricerca ed all'individuazione di un possibile criterio di riparto.

Lo dimostra il livello del dibattito apertosi con la nota a sentenza di Scialoja, un dibattito più propenso a percorrere la strada delle sottigliezze processuali, a confinare l'alternativa *petitum causa petendi* in stretta questione di competenza di quanto non fosse pronto ad affrontare la generalità dei problemi che l'istituzione della IV sezione aveva posto sul tappeto.

Lo dimostrano in particolare il tono e la sostanza degli interventi di Vittorio Emanuele Orlando che nel dibattito difese la validità di un'interpretazione più letterale delle disposizioni di legge⁽¹⁹⁾, così come lo dimostra la diffusa titubanza ad affrontare apertamente il problema della natura giurisdizionale o amministrativa della IV sezione.

Non crediamo quindi possibile ricollegare l'alternativa *petitum causa petendi* allo scontro di diversi modelli amministrativi, più o meno garantisti, più o meno consapevoli delle esigenze di auto-

⁽¹⁸⁾ Pensiamo in particolare all'itinerario interpretativo orlandiano che cercheremo di ricostruire nelle prossime pagine.

⁽¹⁹⁾ ORLANDO, *Rapporti tra la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Archivio di diritto pubblico*, II (1892), fasc. I, pp. 58-66; ID., *Ancora sui rapporti fra la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Archivio di diritto pubblico*, II (1892), fasc. 4/5, pp. 370-381.

nomia e supremazia del potere amministrativo. Più semplicemente in questa polemica tutta giuridica dell'inizio degli anni '90 si precisarono nuovi concetti dogmatici, si affinarono strumenti interpretativi che costituirono, negli anni seguenti, le strutture tecnico giuridiche sulle quali poggiarono i sistemi teorici, talvolta confliggenti, elaborati dalla giuspubblicistica di fine secolo.

La stessa difesa del principio della *causa petendi* operata da Orlando con due fermi interventi sull'*Archivio di diritto pubblico* rispondeva a motivazioni e a logiche strettamente esegetiche, non immediatamente riconducibili al suo itinerario concettuale e che per di più si tradussero in affermazioni e in tesi che conobbero nei lavori successivi un radicale superamento.

L'approdo di Orlando alle tematiche interpretative della legge istitutiva della IV sezione non rappresentava tuttavia soltanto un momento episodico della propria produzione scientifica, come era invece almeno in parte il caso di Scialoja, ma una tappa significativa di un processo di attenzione alle vicende amministrative che, già radicato nelle maglie del dibattito sul parlamentarismo degli anni '80, avrebbe raggiunto il suo completo sviluppo, fra la fine del secolo e l'inizio del novecento, con gli scritti contenuti nei primi volumi del *Trattato di diritto amministrativo*.

I due articoli dell'*Archivio* così tecnici, così imbevuti di sottili problemi esegetici, che costituirono l'ossatura della vivace polemica con Vittorio Scialoja, si collocavano a valle non solo della recensione a *I Partiti politici* di Minghetti e di quella, più impegnativa, fatta alla *Teorica* di Mosca e alle considerazioni di Bonghi, che già conosciamo, ma seguivano anche gl'importanti lavori giuridici che avevano accompagnato il programma di rinnovamento metodologico formulato sin dalle prolusioni della fine degli anni '80⁽²⁰⁾.

L'intervento di Orlando nella polemica, quindi, pur dettato dalle stesse difficoltà e perplessità esegetiche che avevano caratterizzato i primi approcci dei giuristi alle novità della legge Crispi, s'inseriva in un itinerario concettuale che, snodandosi dalle proble-

(20) Cfr. in particolare la già ricordata prolusione palermitana *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 3 e ss.

matiche generali del dibattito sul parlamentarismo alle valutazioni sugli sviluppi concreti del processo di riforma e giungendo sino all'interpretazione della legge istitutiva della IV sezione, non poteva non offrire un quadro significativo di riferimento per cogliere continuità e rotture tra la fase in cui erano maturate le esigenze della riforma e quella più tecnica della sistemazione giuridica della riforma stessa, per verificare incontri e scontri di vecchi e nuovi modelli amministrativi.

Partecipe delle critiche rivolte da più parti alla forma di governo parlamentare, Orlando aveva però consapevolmente rifiutato ogni progetto d'involuzione autoritaria del regime costituzionale ed aveva offerto negli *Studi giuridici sul governo parlamentare* una sintesi teorica che conciliasse l'immutata fedeltà al sistema rappresentativo con l'esigenza di realizzare un più sicuro fondamento istituzionale all'esercizio delle funzioni politiche.

Sul diverso piano della lettura « giuridica » della dinamica costituzionale ⁽²¹⁾ Orlando realizzava quello che la letteratura sul parlamentarismo aveva cercato nella tematica dei « rimedi »: il primato dell'istituzionale sul politico, la sostituzione della tranquillizzante organicità del « governo giuridico » alla lotta degli interessi e dei partiti.

In questa direzione la critica al principio di divisione dei poteri aveva assunto un ruolo centrale e decisivo. Individuate nella tripartizione di Montesquieu le origini degli « eccessi » della « scuola radicale » che avevano portato all'identificazione di sovranità e legislazione ed all'affermazione dell'onnipotenza dell'assemblea, la critica al principio di divisione dei poteri aveva rappresentato il canale principale attraverso il quale ristabilire la distinzione tra legge e diritto, fissare la portata della funzione legislativa ⁽²²⁾, aveva costituito il momento di passaggio essenziale

⁽²¹⁾ « Noi crediamo che la migliore confutazione che si possa opporre alla tendenza ostile al governo parlamentare sia quello studio giuridico invocato nel principio del presente lavoro » (ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 351).

⁽²²⁾ « Diremo noi che il *diritto* dipenda da una mera manifestazione di volontà o sia di un uomo o sia di un'assemblea? » « Oramai, dal punto di vista della scienza moderna, una simile questione non si può nemmeno porre. Il diritto è manifestazione organica della vita dei popoli, come il

per sostenere il carattere giuridico del governo parlamentare, per realizzare la tanto sospirata trasformazione del « governo di partito » in « governo giuridico »: solo così il governo parlamentare, lungi dall'essere quello « Stato di fatto artificiosamente creato dal prepotere delle forze popolari »⁽²³⁾, sarebbe divenuto una forma di governo compatibile col *Rechtsstaat*.

La critica al principio di divisione dei poteri, essenziale per riaffermare l'esclusiva appartenenza della sovranità allo Stato persona giuridica, per approdare ad un più rassicurante organicismo costituzionale, non aveva tuttavia implicato l'abbandono dell'imprescindibile distinzione tra le funzioni e gli organi nei quali si esplicava il potere pubblico, distinzione di cui si era avvertita, sin dal 1886, l'assoluta necessità per una costruzione giuridica delle forme di manifestazione della volontà dello Stato⁽²⁴⁾.

Depotenziata perciò dei suoi più evidenti contenuti politici, coordinata al concetto di unità dello Stato, la divisione dei poteri rimaneva il principale fondamento concettuale sul quale fissare nella *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* il principio dell'unicità della giurisdizione.

La ridefinizione globale delle strutture costituzionali che aveva investito lo stesso principio della rappresentanza politica⁽²⁵⁾ e che

pensiero, come la lingua » (*ibid.*, p. 375). Sulla confluenza in Orlando di modelli elaborati dalla Scuola Storica, trasportati nel diritto pubblico dalla giuspubblicistica tedesca si cfr. le osservazioni di FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Ius commune*, X (1983), p. 236.

⁽²³⁾ ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 350. Cfr. anche *retro* nota n. 56 cap. 3°/1^a pt..

⁽²⁴⁾ Se si rivelava « sempre più falsa la teoria della divisione dei poteri nel senso della scuola liberale dottrinaria », questa teoria non doveva tuttavia « confondersi con quella distinzione richiesta da necessità sistematiche e corrispondente alla indiscutibile realtà delle cose e che studia i vari organi onde la sovranità si attua e le funzioni loro costituzionalmente determinate » (*ibid.*, p. 398).

⁽²⁵⁾ La tesi secondo la quale la funzione della rappresentanza politica doveva limitarsi alla determinazione dei « capaci al governo », già affacciata negli *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., pp. 402-3, verrà sviluppata da Orlando in uno scritto di alcuni anni posteriore, *De la nature juridique de la représentation politique*, in *Revue de droit public et de la science politique*, III (1895), trad. ital., *Del fondamento giuridico della*

aveva avuto lo scopo essenziale di sottrarre al mutevole volere dell'assemblea la creazione del « diritto »⁽²⁶⁾ ed all'arbitrio delle forze politiche la vita giuridica delle istituzioni, non era arrivata a mettere in discussione il primato della legge tra le forme di manifestazione del potere pubblico.

La lezione dei tedeschi è stata profondamente assorbita, si è accolto sul piano della costruzione scientifica l'appello già lanciato nel 1884 per il consolidamento delle « istituzioni presenti »⁽²⁷⁾, mentre l'adesione al modello del *Rechtsstaat* interpreta in primo luogo la necessità di liberare il polo istituzionale dalle tensioni crescenti nel tessuto sociale, ma il sistema rappresentativo rimane ancora ad esprimere, rinsaldato dalla lettura del metodo giuridico, il sistema più razionale di organizzazione del potere pubblico.

Se è ancora possibile confidare nella capacità delle istituzioni parlamentari di assicurare un futuro alla società liberale, si può allora anche rinunciare all'affermazione di un rigido primato dell'amministrazione contro le degenerazioni del parlamentarismo, si può riconfermare la centralità del giudice ordinario nel sistema di difesa del cittadino nei confronti del potere amministrativo.

Così, se nella dimensione costituzionale l'ansia per una più sicura stabilità delle istituzioni non si traduce né in un'analisi dei fatti sociali e politici capace di far emergere il ribollente mondo dei « governati » ed i conflitti con la ristretta cerchia dei « governanti », né in una prospettiva di esclusivo rafforzamento del polo autoritario, nella costruzione giuridica delle « guarentigie » della libertà civile la funzione assegnata alla magistratura ordinaria nel controllo dei fatti dell'amministrazione gioca ancora il ruolo fondamentale.

rappresentanza politica, in ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 417 e ss.

(26) La « critica dell'essenza della funzione legislativa » aveva infatti ridotto l'intervento del Parlamento nella creazione della norma giuridica all'atto solenne, ma « formale » di « rivestire dell'autorità esterna e permanente del più elevato potere dello Stato la regola di diritto già formatasi nella coscienza popolare, avvertita dalla pubblica opinione, espressa in forma positiva dalla scienza » (ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 378).

(27) ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, cit., p. 600. Cfr. anche *retro* nota n. 116, cap. 3°/1^a pt.

In questa direzione il principio di divisione dei poteri si dimostra insostituibile, non solo per stabilire una semplice distinzione di atti, ma per fondare sul diverso grado di obbedienza dovuto dal cittadino all'atto legislativo ed al provvedimento dell'amministrazione la necessaria legittimità dell'esercizio del potere amministrativo⁽²⁸⁾, per riaffermare che soltanto l'autorità giudiziaria può assicurare « la garanzia *giuridica* dell'osservanza dei limiti fra legge e decreto »⁽²⁹⁾.

L'attribuzione della giurisdizione amministrativa all'autorità giudiziaria discende così da una parte dalla progressiva consapevolezza, contro i postulati della « scuola radicale », che la libertà non può immedesimarsi soltanto con la libertà politica e che nella « difesa giurisdizionale contro il potere esecutivo » va individuato il fulcro delle « guarentigie della libertà civile », dall'altra dalla considerazione che la distinzione tra legge e decreto e la supremazia della legge nell'organizzazione dei poteri sono divenuti valori essenziali nella forma di governo rappresentativo.

L'accoglimento dei principi del sistema di giurisdizione unica si forma quindi sul piano teorico-concettuale prima che su quello esegetico dell'interpretazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e l'adesione alla logica delle scelte dell'unificazione discende in gran parte dall'aver identificato nell'All. *E* quel modello di *Justizstaat* che per il giurista siciliano rappresentava la soluzione istituzionale più corretta del rapporto tra Stato e cittadino.

Vittorio Emanuele Orlando diviene così un interprete estremamente significativo della razionalità del sistema introdotto nel 1865, ma anche delle preoccupazioni che animavano il dibattito degli anni '80, il sostenitore al tempo stesso della validità della scelta abolitiva e delle prospettive di riforma, il custode di quel

⁽²⁸⁾ Si cfr. in particolare il paragrafo *L'unità della giurisdizione, come conseguenza necessaria della divisione dei poteri* in ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, cit., pp. 984 e ss.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 986. Nello stesso torno di tempo anche Angelo Majorana ricordava come « alla sistematica dello Stato giuridico (fosse) più confacente il principio della competenza dei magistrati comuni, ossia dell'unità della giurisdizione ». Cfr. MAJORANA, *Il sistema dello Stato giuridico*, cit., p. 562.

precario equilibrio tra libertà del cittadino ed esigenze di autonomia della pubblica amministrazione fissato con l'unificazione e non scalfito dai modelli teorici che avevano trovato nelle pagine di Silvio Spaventa l'espressione più autorevole⁽³⁰⁾.

La svolta orlandiana, l'approdo al metodo giuridico, la lettura « formalistica » della dinamica costituzionale non ha prodotto allora sostanziali novità nell'ambito della giustizia amministrativa: Orlando, come già in passato Mancini, De Gioannis e Meucci, rimane a buon diritto uno degli interpreti principali del valore « liberale » del sistema di giurisdizione unica⁽³¹⁾.

Troviamo così nelle pagine delle *Guarentigie* una rinnovata centralità della distinzione tra diritto e interesse, che non è soltanto la formula contenuta nell'articolo 2 della legge del 1865, ma la distinzione logica e naturale che nel diritto comune come nel diritto amministrativo segna i confini delle funzioni dell'autorità giudiziaria. Ma in quale misura la presenza dell'atto amministrativo, di una manifestazione di autorità incide sulle posizioni soggettive del cittadino e conseguentemente sulla determinazione della competenza? Libertà del cittadino ed autonomia della pubblica amministrazione sono ancora lì a scontrarsi, a ricercare un momento di sintesi, un punto medio che contemperi discrezionalità del potere e diritto del privato.

La soluzione offerta da Orlando è nota: riconosciuto al giudice ordinario il potere di sindacare la legittimità dell'atto d'impero con il solo limite dell'« abuso », Orlando, attraverso una sovrapposizione non sempre chiaramente avvertita tra individuazione dei limiti fissati alla cognizione del giudice e determinazione del criterio di riparto, affermava la reciproca esclusione di diritto soggettivo e potere discrezionale: « quando il diritto del cittadino ha una propria ed autonoma ragion d'essere, ciò importa che il potere dell'amministrazione non è discrezionale e, reciprocamente, quando una materia è davvero sottoposta al potere discrezionale dell'am-

⁽³⁰⁾ Sui legami tra le impostazioni orlandiane e quelle di Silvio Spaventa cfr. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana tra ottocento e novecento*, cit., p. 122.

⁽³¹⁾ Sull'interpretazione « oggettivamente illimitat(a) » data da Orlando delle funzioni della magistratura ordinaria già le osservazioni di GIANINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. 1^a, p. 530.

ministrazione, è impossibile che il cittadino possa vantare un diritto » (32).

L'adozione di un criterio che almeno nella forma può dirsi ancor'oggi notevolmente diffuso non deve tuttavia trarre in inganno, non può far risalire ad Orlando la responsabilità di una radicale « pubblicizzazione » del diritto amministrativo né la responsabilità di un sistema di giustizia amministrativa incardinato sulla centralità del giudice amministrativo, sulla quasi totale identificazione delle situazioni soggettive dei cittadini nei confronti dell'amministrazione col concetto di interesse legittimo (33).

Orlando è sempre completamente inserito nella logica del sistema di giurisdizione unica: il concetto di discrezionalità non evoca l'essenzialità dell'azione amministrativa, il simbolo del potere, dell'attività della pubblica amministrazione, non esprime, sul piano concreto della tutela giurisdizionale, un modello amministrativo chiaramente indirizzato ad affermare un rigido primato dell'amministrazione, una capacità di autolegittimazione dell'apparato, una sua rinnovata libertà dalla legge.

La discrezionalità va in questo caso posta strettamente in relazione con il principio di assoluta centralità del giudice ordinario, con la rivendicazione alla sua competenza dei « diritti amministrativi » (34), con l'attribuzione al suo sindacato del controllo dei

(32) ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, cit., p. 1033.

(33) Non condividiamo pertanto le considerazioni di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 75 e ss., che analizzando un testo largamente tributario delle *Guarentigie*, almeno per i problemi della giustizia amministrativa, ma successivo all'istituzione della IV sezione, i *Principi di diritto amministrativo*, attribuisce ad Orlando la responsabilità di aver determinato un'ulteriore « pubblicizzazione » del diritto amministrativo ormai garantita anche a livello processuale da un giudice apposito.

(34) Sul problema dei « diritti amministrativi » cfr. *retro* nota n. 26, cap. 1^o/1^a pt., mentre per la riaffermazione della tendenziale generalità del concetto di « diritto civile e politico » e per la critica a coloro che come A. MALGARINI, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, in *Archivio giuridico*, XXXII (1884), p. 322, avevano sostenuto che con l'abolizione del contenzioso le « materie dell'ordine amministrativo » erano state attribuite alle autorità amministrative, cfr. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, cit., pp. 1024 e ss.

profili di legalità dell'atto d'impero⁽³⁵⁾. La discrezionalità diventa cioè non il simbolo di un'amministrazione da sottrarre al vincolo legislativo, ma il simbolo di un'amministrazione sottoposta a quel vincolo e chiamata talvolta ad agire in base a valutazioni non immediatamente riconducibili al precetto normativo.

L'idea stessa di discrezionalità si riinnesta allora nella distinzione tra diritto e interesse, tra libertà del cittadino e amministrazione pura, poggia su quell'equilibrio, quanto mai labile, segnato da continui sconfinamenti da una parte e dall'altra, che era stato fissato al momento dell'unificazione e che aveva voluto conciliare libertà e autorità, due profili sicuramente confliggenti, ma che si era sempre cercato, magari anche rinunciando ad una rigorosa razionalità del sistema, di contemperare.

La libertà dell'amministrazione conserva quindi una posizione indiscutibile all'interno dell'organizzazione dei poteri pubblici, ma si ricollega ad un'impostazione generale chiaramente indirizzata a rivendicare all'autorità giudiziaria il compito di garantire la piena legalità dell'attività amministrativa: la centralità del giudice ordinario discende immediatamente da un modello che ha dovuto recuperare la piena operatività del principio di divisione dei poteri per riaffermare la sovranità della legge, per ricondurre la funzione amministrativa ad attività esecutiva del precetto legislativo.

« Altro è ' Stato ', altro è ' amministrazione dello Stato ' »⁽³⁶⁾: l'esclusiva sovranità dello Stato, essenziale per assicurare la completa giuridicità allo svolgimento della dinamica politica, non ha determinato la completa alterazione di un modello che individua ancora nella norma di legge il principale momento di legittimazione per l'esercizio dei poteri pubblici.

Le considerazioni di Orlando si rivelano allora molto vicine a quelle che Spaventa svolgeva quasi contemporaneamente⁽³⁷⁾ nel

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 1031.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 988.

⁽³⁷⁾ Le *Guarentigie* escono nella *Biblioteca di scienze politiche* diretta da Brunialti nel 1890, ma lo scritto risale ad un momento intermedio tra la presentazione del progetto Crispi del 1887, di cui Orlando dà un giudizio positivo (p. 1049), e l'approvazione della legge (31 marzo 1889); il discorso di Spaventa (cfr. *retro* nota 19, cap. 5°/1^a pt.) dovrebbe risalire invece ai primi mesi del 1890.

discorso che doveva inaugurare i lavori della IV sezione. E le consonanze non si limitano all'interpretazione del sistema di giurisdizione unica, che del resto seguiva gli equilibri fissati dai giudicati della Corte di Cassazione, o all'individuazione delle ragioni della discrezionalità amministrativa, dei suoi limiti, dei suoi caratteri, ma si estendono alla configurazione stessa delle linee della giustizia amministrativa chiamata ad operare al di fuori del diritto soggettivo, a garantire la tutela nel campo degli « interessi », ad integrare « quella suprema garanzia della libertà civile che è l'unità della giurisdizione »⁽³⁸⁾.

La totale adesione orlandiana alle motivazioni del movimento per la giustizia nell'amministrazione interpreta le apprensioni per le « indebite ingerenze parlamentari » che avevano già animato la rilettura « giuridica » delle strutture costituzionali dello Stato compiuta nel 1886, esprime un modello che non pone in discussione l'esclusiva appartenenza all'amministrazione della « tutela degli interessi », ma che rivendica al privato la possibilità di « fondarsi sulla sua qualità generale di cittadino e pretendere con tal titolo, un'amministrazione non solo *legale* ma *giusta* »⁽³⁹⁾.

Si precisavano quelle direttrici secondo le quali Orlando poteva fornire, all'indomani della legge istitutiva della IV sezione, nei *Principii di diritto amministrativo* del 1891, un'analisi complessiva del sistema italiano di giustizia amministrativa: la difesa giurisdizionale dei diritti soggettivi da una parte e la tutela degli interessi dall'altra rappresentavano ancora i due canali attraverso i quali realizzare le guarentigie della libertà civile.

All'unicità della giurisdizione e alla centralità del giudice ordinario nella protezione degli interessi dei cittadini elevati dalla legge a diritti soggettivi si doveva affiancare un procedimento contenzioso che « nell'orbita del potere esecutivo »⁽⁴⁰⁾ introducesse un controllo del potere discrezionale dell'amministrazione, realizzasse quei valori di opportunità, ragionevolezza, convenienza non assicurabili dal sindacato del giudice ordinario rigorosamente e necessariamente — il giudice non può divenire amministratore — limitato alla verifica della legalità dell'azione amministrativa.

⁽³⁸⁾ ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, cit., p. 1044.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 1044.

⁽⁴⁰⁾ ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 349.

La stessa soluzione teorica proposta da Orlando per la definizione giuridica delle funzioni della giustizia amministrativa si avvicinava sensibilmente a quella avanzata da Silvio Spaventa: nelle pagine del discorso inaugurale Spaventa aveva sostenuto l'idea di un procedimento contenzioso che, derivato dallo sviluppo di quel diritto d'ispezione proprio di un'amministrazione organizzata secondo moduli gerarchici, avrebbe trovato nella lesione degli interessi individuali del ricorrente semplicemente l'« occasione » per concedere all'amministrazione la possibilità di riesaminare i propri atti.

Nei *Principii* Orlando muove invece dal concetto di azione popolare ⁽⁴¹⁾, da uno strumento affidato al privato non per la difesa dei propri interessi, ma per la salvaguardia di un interesse generale che s'invoca infatti come cittadini, « *uti civis* » ⁽⁴²⁾; il principio guida tuttavia rimane lo stesso e le diverse formalizzazioni teoriche non nascondono la sostanziale identità di un modello che nella giustizia amministrativa aveva individuato un'estrema difesa delle istituzioni contro le degenerazioni del parlamentarismo, lo strumento attraverso cui realizzare una più stabile « oggettività » nell'esercizio del potere amministrativo.

La tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e la tutela oggettiva degli interessi avrebbero così assicurato salde guarentigie alla libertà dei cittadini ed un esercizio meno arbitrario della libertà dell'amministrazione.

Proprio su queste premesse teoriche si fonda la critica rivolta nei *Principii* alle leggi di riforma « eccessivamente timide nell'attuazione pratica » ⁽⁴³⁾, una critica che vede nell'istituzione della IV sezione solo una parziale realizzazione degli obiettivi del movi-

⁽⁴¹⁾ Una soluzione teorica che, come sappiamo, (*retro* nota n. 25, cap. 1^o/2^a pt.) era stata portata alle estreme conseguenze da Pietro Bertolini.

⁽⁴²⁾ Questa interpretazione marcatamente « oggettivistica » delle funzioni della IV sezione veniva criticata da SCIALOJA, *Ancora sui limiti*, cit., pp. 206-7, per il quale il collegamento necessario tra l'interesse fatto valere col ricorso e l'interesse pubblico al legittimo funzionamento dell'attività amministrativa non doveva tuttavia far concludere nel senso che « il ricorrente agisca *uti civis*, e non già in proprio nome e nel proprio interesse anche privato ».

⁽⁴³⁾ ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 352.

mento per la giustizia nell'amministrazione, un'inutile sovrapposizione di competenze già attribuite alla magistratura ordinaria.

Il giudizio positivo sul progetto Crispi manifestato nelle *Guarentigie* si è tradotto in una valutazione drasticamente negativa del testo definitivo, che investe, almeno implicitamente, l'operato dell'Ufficio centrale del Senato colpevole di aver introdotto la distinzione tra legittimità e merito e di aver escluso dalla clausola generale prevista nell'articolo 3 n. 11 del progetto quei vizi di « abuso di potere » e di « ingiustizia manifesta »⁽⁴⁴⁾ che dovevano rappresentare i principali parametri su cui verificare l'esercizio del potere discrezionale, attraverso i quali realizzare un controllo precluso al giudice ordinario.

Come già nelle pagine di Bertolini la critica ai limiti in cui l'enumerazione ha confinato la competenza di merito esprime il disappunto per la prudenza di un legislatore troppo rispettoso dell'autonomia delle scelte discrezionali dell'amministrazione⁽⁴⁵⁾ ed interpreta al tempo stesso la natura tendenzialmente generale del controllo di legalità affidato all'autorità giudiziaria con l'abolizione del contenzioso ed un'impostazione globale pronta ad individuare nella verifica dell'opportunità amministrativa lo strumento migliore per realizzare « sia l'utile pubblico come fine della giurisdizione, sia il criterio politico cui tale giurisdizione doveva informarsi »⁽⁴⁶⁾.

L'abbandono del criterio di competenza « vastissimo e generale » previsto originariamente nel progetto Crispi⁽⁴⁷⁾ comporta

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *retro* nota n. 31, cap. 5°/1ª pt..

⁽⁴⁵⁾ Si rilegga la citazione riportata alla nota n. 26, cap. 1°/2ª pt..

⁽⁴⁶⁾ BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 600: si tratta di una conclusione riferita alla definizione di giustizia amministrativa data da Giuseppe Mantellini (e riportata *retro* nota n. 7, cap. 4°/1ª pt.), ma sicuramente generalizzabile e significativamente valida anche per Orlando in linea con i motivi ispiratori del movimento di riforma.

⁽⁴⁷⁾ ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie di libertà*, cit., p. 1049.

Si tratta di una valutazione ricorrente anche nelle opere orlandiane posteriori; cfr. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 649: sulla strada della riforma « un passo decisivo si faceva col n. 11 di tale determinazione di competenza, (Orlando fa riferimento alla formulazione originaria dell'art. 5 n. 11 del progetto Crispi: « La sezione del Consiglio di Stato pel contenzioso amministrativo giudica »: n. 11 « Dei ricorsi per incompetenza, od eccesso di potere, per violazione di leggi o regolamenti, per abuso

tuttavia sul piano della ricostruzione teorica sensibili modificazioni a quel modello di giustizia amministrativa tendenzialmente illimitata, nell'ambito delle controversie escluse dal sindacato del giudice ordinario, e rigorosamente inserita nell'orbita del potere esecutivo che Orlando aveva descritto sia nelle *Guarentigie* sia nei *Principii di diritto amministrativo*.

Le origini della polemica con Scialoja vanno così ricondotte ad un'interpretazione del testo definitivo della legge istitutiva della IV sezione che vuole dar conto dell'alterazione del modello progettuale della giustizia amministrativa determinato dalle modifiche dell'Ufficio centrale del Senato. Non è più possibile, nell'esegesi della norma, ipotizzare una funzione generale di controllo della discrezionalità e del merito amministrativo affidata alla stessa amministrazione: bisogna ormai riconoscere che il legislatore ha « istituito delle vere e proprie giurisdizioni speciali nei casi in cui il potere giudiziario non sarebbe stato competente »⁽⁴⁸⁾.

Partendo dalla natura giurisdizionale delle decisioni della IV sezione non è possibile allora ammettere una doppia tutela per i diritti civili e politici già protetti dal giudice ordinario se non si vuole incorrere in un pericoloso ed inopportuno conflitto di giudicati: l'individuazione della *causa petendi* come momento cardine su cui verificare la questione della competenza rappresenta così una difesa del valore letterale della norma, ha lo scopo essenziale di evitare un'incerta sovrapposizione di attribuzioni, una possibile contraddittorietà di decisioni⁽⁴⁹⁾.

di potere, o per ingiustizia manifesta contro atti e provvedimenti di una autorità amministrativa, che abbiano per soggetto un interesse di individui, o di enti morali giuridici, e che non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ». *Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Documenti, Stampato n. 6, p. 7*) che abbracciava una materia vastissima perché dipendente da criteri di ordine generale ». La limitazione dell'Ufficio centrale (su cui *retro* nota n. 31, cap. 5º/1ª pt.) « rendeva meno liberale il progetto originario » (p. 650).

⁽⁴⁸⁾ ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 355. Già CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana tra ottocento e novecento*, cit., p. 164, aveva rilevato come le origini della polemica con Scialoja dovessero ricercarsi in questa interpretazione del testo normativo.

⁽⁴⁹⁾ Le argomentazioni a favore della *causa petendi* come unico cri-

Ma il rigetto della tesi del *petitum* e la vivace polemica con Scialoja rappresentavano un approdo del tutto provvisorio dell'itinerario scientifico orlandiano: superato il profilo strettamente processuale della polemica, il percorrere fino in fondo la via della *causa petendi* avrebbe richiesto soluzioni interpretative che, ricercando un *quid novi* che potesse contrapporsi al diritto soggettivo oggetto della competenza del giudice ordinario e che potesse giustificare contemporaneamente la natura giurisdizionale della IV sezione, avrebbero alterato la naturale e logica distinzione tra diritto e interesse per affidarsi a criteri « imponderabili » e « inafferrabili »⁽⁵⁰⁾.

L'adesione alla tesi di Scialoja compiuta da Orlando già nella seconda metà degli anni '90⁽⁵¹⁾, quando ormai si andava consolidando la teoria ranelletiana dell'interesse legittimo come situazione soggettiva tutelata dalla IV sezione, non significava soltanto sposare una soluzione interpretativa che offriva molteplici opportunità pratiche e semplificazioni essenziali in un panorama normativo e giurisprudenziale così difficile, ma costituiva probabilmente il modo migliore per rimanere fedeli a quel modello di giustizia amministrativa delineato nelle *Guarentigie* e che — come abbiamo visto — presentava significative consonanze con quello teorizzato da Silvio Spaventa e che pure non era stato limpidamente tradotto nel testo normativo.

terio possibile partendo dalla natura giurisdizionale della IV sezione sono puntualmente riconfermate da Orlando in *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 742-757. L'accoglimento della tesi del *petitum* richiederà infatti la riaffermazione della natura amministrativa della IV sezione.

⁽⁵⁰⁾ ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Il Digesto italiano*, vol. VIII, pt. 2^a, Torino, 1895-98, p. 911 e p. 918; Id., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 787: la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo costituisce « un esame di una estrema sottigliezza, poiché gli elementi all'uopo occorrenti appaiono, io oserei dire, imponderabili ».

⁽⁵¹⁾ Per l'approdo alla tesi della natura amministrativa della IV sezione cfr. ORLANDO, *Nota al discorso dell'avv. gen. E. Pascale pronunciato presso la Corte di Cassazione di Roma nell'assemblea generale del 2 gennaio 1896*, in *Archivio di diritto pubblico*, VI (1896), fasc. I, pp. 24-30 (« debbo dichiarare che lo stato dei miei convincimenti è alquanto mutato dal tempo in cui sostenni la ricordata controversia scientifica col Prof. Scialoja » - *ibid.*, p. 25); Id., *Contenzioso amministrativo*, cit., pp. 911 e ss..

Il timore manifestato nel 1892 per il rischio che la teoria del *petitum* comportasse una « abrogazione implicita della nostra legge del 1865 »⁽⁵²⁾ viene infatti superato recuperando le linee originarie del progetto del legislatore del 1889 e riaffermando contro la giurisprudenza della Corte di Cassazione la natura amministrativa della IV sezione.

Si possono allora appianare le difficoltà applicative poste dalla riforma, si può sdrammatizzare il grave problema esegetico dell'« interesse » che, pur comportando una « violazione di legge », non deve tuttavia tradursi in diritto soggettivo e conseguentemente si può ricondurre il rovente rapporto tra autorità giudiziaria e Consiglio di Stato ad una più armonica composizione di attribuzioni.

Nella controversa individuazione del criterio del riparto, nella difficile combinazione delle clausole generali previste dall'art. 2 della legge del 1865 e dall'art. 24 del T.U. del 1889, l'alternativa « processuale » rappresentava in primo luogo la risposta operativa ad una questione esegetica fortemente tormentata, ma costituiva altresì la soluzione interpretativa che poteva al tempo stesso salvare la centralità del giudice ordinario e del diritto soggettivo ed ottenere nel campo degli « interessi », attraverso uno sviluppo delle potenzialità insite nel concetto di « eccesso di potere »⁽⁵³⁾, quella verifica della libertà dell'amministrazione invocata nei dibattiti degli anni '80.

⁽⁵²⁾ ORLANDO, *Ancora sui rapporti tra la competenza della IV sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, cit., p. 378. Individuato nella IV sezione il giudice dell'annullamento, il giudice ordinario, chiamato a pronunciarsi sul « diritto civile e politico » e quindi in via pregiudiziale a giudicare sulla nullità dell'atto amministrativo, sarebbe stato costretto a sospendere il giudizio e a far decidere la nullità dell'atto dalla IV sezione. Per un accurato esame di queste difficili questioni cfr. CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 64-5.

Come sappiamo (*retro* nota n. 16) lo stesso Scialoja per risolvere il problema arrivava a limitare il giudicato della IV sezione al solo campo amministrativo.

⁽⁵³⁾ ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, cit., pp. 919 e ss.; Id., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 807, dove si sviluppano le considerazioni di CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., pp. 1-41.

La scelta del *petitum* poteva cioè permettere ad Orlando di conservare piena validità ai modelli teorici del 1865, all'equilibrio tra libertà del cittadino e autonomia dell'amministrazione fissato con l'unificazione, alla razionalità della distinzione tra diritto e interesse.

Era così possibile riconfermare nell'*Introduzione* al *Trattato di diritto amministrativo* il modello di *Rechtsstaat* già delineato dieci anni prima nelle pagine delle *Guarentigie*: la giuridicità del rapporto fra Stato e cittadino poggia sempre sul principio di divisione dei poteri, ancora una volta il fondamento concettuale indispensabile per attuare una piena legalità dell'azione amministrativa⁽⁵⁴⁾.

La funzione giurisdizionale di tutela del diritto soggettivo affidata all'autorità giudiziaria e la giustizia amministrativa come attività istituita all'interno della stessa amministrazione per garantire, in nome di un interesse esclusivamente pubblico, la legalità, la giustizia, la convenienza degli atti dell'autorità, costituiscono ancora i due canali attraverso i quali tutelare la libertà del cittadino e l'imparzialità nell'esercizio della libertà dell'amministrazione, esprimono un modello consapevole delle esigenze di autonomia dell'apparato amministrativo, ma sicuramente contrario a percorrere la pericolosa strada dell'autolegittimazione della pubblica amministrazione e quindi necessariamente portato ad identificare nella legge l'unico fattore legittimante il potere amministrativo.

La teoria della *causa petendi* che muoveva dalle stesse perplessità e difficoltà interpretative avrebbe invece costretto il giurista a seguire un'incerta via « sostanziale » alla ricerca di un « *tertium genus* » tra diritto e interesse⁽⁵⁵⁾ dai contorni quanto

(54) ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, pp. 32 e ss. Significativa in particolare la conferma della indispensabilità della teoria della divisione dei poteri: « così la teoria della divisione dei poteri, falsa dal punto di vista costituzionale per cui fu creata, è mirabilmente servita per dare una corretta base teorica ai mezzi onde può attuarsi quell'ideale dello Stato giuridico che si prefigge di contenere nei limiti del diritto l'azione dello Stato verso i cittadini » (p. 41). Su quest'opera, che risaliva al 1897, torneremo *infra* pp. 285 e ss.

(55) ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, cit., p. 921.

mai labili e indefiniti, una via che Orlando, accogliendo esplicitamente le proposte contenute nel progetto Di Rudinì-Saredo⁽⁵⁶⁾, dimostrerà di non voler percorrere, convinto che il rapporto tra amministrazione e cittadino non potesse formalizzarsi negli « inafferrabili » profili dell'« interesse legittimo ».

Con la fine degli anni '90, superata la fase strettamente eseguitica, la dialettica tra linea « processuale » e linea « sostanziale » acquisterà significati e valenze più generali: intorno al *petitum* e all'interesse legittimo si giocherà una partita che non avrà più per oggetto una dotta disputa dottrinale, ma una contrapposizione di modelli amministrativi che nella centralità del giudice ordinario e nella centralità del giudice amministrativo esprimeranno due confliggenti equilibri istituzionali, due diverse concezioni del potere amministrativo.

La linea « sostanziale », maturata all'interno della teoria della *causa petendi*, favorirà così attraverso la formazione di una teoria generale, ispirata ad un saldo primato dell'apparato amministrativo, l'affermarsi del Consiglio di Stato come giudice tendenzialmente generale ed esclusivo delle controversie del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

2. *Dai problemi del riparto alla teoria del riparto: alle origini della nozione di interesse legittimo.*

Se Vittorio Scialoja e Vittorio Emanuele Orlando furono gli incontestabili protagonisti della fase iniziale della polemica scoppiata intorno all'individuazione del criterio di riparto tra giudice

(56) Cfr. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 796-9. Il disegno di legge dal titolo *Modificazioni alla legge organica sul Consiglio di Stato* venne presentato dal Presidente del Consiglio, ministro dell'interno Antonio Di Rudinì al Senato il 4 maggio 1897; la relazione dell'Ufficio centrale del Senato recava la firma dello stesso presidente del Consiglio di Stato Giuseppe Saredo. Il fulcro del progetto, caduto per la chiusura della sessione parlamentare, consisteva nell'introdurre un criterio di riparto basato sulla distinzione tra effetti civili ed effetti amministrativi del provvedimento, sul diverso oggetto processuale ottenibile di fronte ai due giudici. Per un esame più analitico del progetto cfr. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 670 e ss., che ne riporta integralmente il testo; GIANNINI-PIRAS, *Giurisprudenza amministrativa*, cit., pp. 246-7.

ordinario e IV sezione, una prima importante contestazione della tesi del *petitum* venne proprio da un giovane allievo di Scialoja, Oreste Ranalletti⁽⁵⁷⁾, con un intervento che, alla luce degli sviluppi successivi delle vicende della giustizia amministrativa, acquista un particolare significato⁽⁵⁸⁾.

All'inizio degli anni '90 infatti Ranalletti, che muoveva allora i primi passi da amministrativista, per contestare la validità della tesi del *petitum* e riaffermare la centralità della *causa petendi*, formulò per la prima volta in modo compiuto quella teoria dell'interesse legittimo come oggetto della tutela esercitata dalla IV sezione destinata progressivamente ad imporsi sia a livello dottrinale sia giurisprudenziale sino ad essere recepita nella costituzione del 1948 come criterio essenziale per individuare, nell'ordinamento italiano della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, la competenza del giudice amministrativo.

Non siamo tuttavia di fronte ad un lavoro di teoria generale del diritto: lo scritto ranallettiano è perfettamente inserito nella

(57) Oreste Ranalletti (Celano 1868-Milano 1956) si era laureato con Vittorio Scialoja a Roma con una tesi di diritto romano: *Il silenzio nei negozi giuridici*. Giovanissimo, nel 1892, già ricopriva la cattedra di diritto amministrativo alla Università di Camerino. Così Scialoja ricordava, quarant'anni dopo, con una punta di orgoglio il cenacolo giuridico da lui fondato all'Università di Roma: « s'imparava insieme, oltre la tecnica dell'interpretazione del testo, anche l'arte del giurista nella sua più lata significazione, esaminando le questioni sotto tutti i loro diversi aspetti, onde da quel manipolo sono usciti non pochi dei più insigni professori di varie materie delle facoltà giuridiche italiane ». Gli studi romanistici « hanno la proprietà di rendere la mente atta a qualunque disciplina giuridica; e perciò, quando all'università libera di Camerino, nella quale io avevo iniziato il mio insegnamento, mi fu domandata la designazione di un giovane, che avesse potuto occupare la cattedra di diritto amministrativo, io risposi: non saprei consigliarvi alcuno di coloro che hanno titoli stampati in questa materia, ma ho qui, presso di me, un giovane, che desidera darsi all'insegnamento e che dedicandosi al diritto amministrativo, presto sarà tra i primi cultori di questa parte del diritto pubblico » (SCIALOJA, *Oreste Ranalletti*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti nel XXXV anno d'insegnamento*, Padova, 1931, pp. XIII-XIV).

Per un profilo del giurista abruzzese cfr. CALANDRA, *Oreste Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVI (1976), pp. 1138 e ss.

(58) O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892.

logica di questi primi anni '90, nei molteplici tentativi interpretativi della legge del 1889, rimane strettamente collegato alle problematiche sollevate da Scialoja.

Per inquadrare correttamente la soluzione interpretativa offerta da Ranelletti vanno infatti considerate le gravi perplessità esegetiche, l'incertezza quasi assoluta intorno all'individuazione del criterio di riparto tra attribuzioni del giudice ordinario e della IV sezione che la legge Crispi aveva determinato: indipendentemente dalla centralità che la nozione di interesse legittimo acquisterà negli anni successivi, anche ad opera dell'allievo di Scialoja, nella teoria generale del diritto amministrativo, e indipendentemente quindi dagli importanti fattori di anticipazione che pure questo scritto del 1892 conteneva, è indubitabile che l'interesse legittimo nasceva come « espediente »⁽⁵⁹⁾ teorico per risolvere una tormentata questione esegetica.

Non si può dire neppure che l'invenzione dell'interesse legittimo costituisse una soluzione del tutto originale se già Meucci aveva recuperato un concetto, che pure aveva conosciuto altre utilizzazioni, per proporlo come possibile interpretazione delle competenze della IV sezione: tuttavia al di là delle affinità terminologiche e dei comuni tentativi di disegnare un quadro convincente della competenza generale di legittimità, la soluzione interpretativa di Ranelletti si segnalava perché, per la prima volta, si prospettava la validità di una « via sostanziale » per risolvere il grave problema del riparto.

Si formulava una teoria che teneva conto di certi postulati fissati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'individuazione del criterio discriminante la competenza sulla base della *causa petendi*, la natura giurisdizionale della IV sezione, una teoria che utilizzava intelligentemente i principi sui quali si fondava il sistema di giurisdizione unica per attribuire alla nuova istituzione controversie generalmente escluse dal sindacato del giudice ordinario, ma che, come vedremo, aveva in *nuce* un diverso equilibrio istituzionale, una diversa concezione dell'amministrazione.

⁽⁵⁹⁾ L'espressione (l'abbiamo già ricordato, *retro* nota n. 57, cap. 1°/2^a pt.) risale ad una prolusione di Enrico Guicciardi.

Non a caso le conclusioni di Ranalletti non sboccano nelle perplessità di Meucci, in una critica alla contraddittorietà della legge, ma in qualche modo svelano razionalità e capacità operative nella difficile clausola generale dell'art. 24 del T.U. .

In questo senso è indubbio che l'intervento ranellettiano, in un panorama così incerto e confuso, aveva se non altro il merito di riconoscere che la riforma nasceva dalla necessità di tutelare « interessi » privi di protezione nel sistema inaugurato con l'unificazione e, partendo da un'esemplificazione delle controversie escluse dal sindacato del giudice ordinario, poteva conseguentemente disegnare un primo *corpus* di attribuzioni per l'indeterminata competenza di legittimità.

Esiste cioè un evidente elemento di continuità con gli equilibri fissati nel sistema di giurisdizione unica, con i limiti che la Corte di Cassazione aveva stabilito alla competenza del giudice ordinario. Esempio è il caso del pubblico impiego: attribuendo alla IV sezione le controversie relative alle promozioni, ai cambiamenti d'ufficio o di residenza, ai provvedimenti disciplinari, Ranalletti interpretava correttamente una suddivisione sufficientemente consolidata anche prima del 1889⁽⁶⁰⁾ e, spostando l'attenzione dei giuristi verso il controllo della discrezionalità amministrativa, dell'amministrazione pura, riportava il dibattito ad una valutazione più letterale dell'intenzione del legislatore.

La costruzione teorica proposta da Ranalletti per formalizzare un sintetico criterio di riparto muoveva da considerazioni vicine a quelle di Meucci: se alla IV sezione doveva riconoscersi natura giurisdizionale — postulato per la verità affermato apoditticamente più che dimostrato⁽⁶¹⁾ e per di più contrario almeno ad un'interpretazione storica degli atti parlamentari — e se l'« interesse » poteva essere protetto facendo valere anche uno dei tre vizi dell'atto previsti nell'art. 24, occorreva riconoscere che la riforma

⁽⁶⁰⁾ RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., p. 66. Cfr. anche la giurisprudenza relativa al riparto di competenze in materia di pubblico impiego esaminata *retro* pp. 57 e ss.

⁽⁶¹⁾ Ranalletti infatti (*ibid.*, p. 64) si limitava a parlare, riferendosi alla natura della IV sezione, di « vera giurisdizione », di « vero giudizio », senza tuttavia affrontare direttamente il problema.

aveva attribuito natura giuridica a situazioni soggettive diverse al tempo stesso dal diritto civile e politico, già tutelato dal giudice ordinario, e dall'interesse semplice, materiale, economico che non poteva invocare una violazione del diritto obiettivo.

La ricostruzione di Meucci aveva dimostrato però che la « via sostanziale » incontrava difficoltà teoriche non indifferenti nel quadro istituzionale italiano: riscontrata infatti l'inapplicabilità di una distinzione tra diritti privati soggettivi e diritti pubblici soggettivi basata sulla diversità dell'ordinamento normativo di riferimento, per l'evidente generalità del concetto di diritto civile e politico utilizzato dal legislatore del 1865, Meucci aveva dovuto far ricorso ad ipotesi di rapporto esclusivamente occasionale tra interesse e diritto obiettivo per individuare un *quid novi* rispetto al diritto soggettivo da attribuire alla IV sezione. L'accusa alla contraddittorietà della riforma era stata lo sbocco naturale, perché del tutto illogico sembrava condizionare l'esercizio di una funzione giurisdizionale ed una così evidente occasionalità di protezione dell'interesse individuale.

Era la stessa logica che reggeva il sistema di giurisdizione unica e di cui Meucci sfruttava a pieno le potenzialità garantiste a rendere contraddittoria una soluzione che risolvesse il problema interpretativo attraverso l'individuazione di una situazione soggettiva intermedia tra diritto e interesse.

In chi come Meucci era disposto a riconoscere la presenza di un diritto soggettivo in ogni interesse giuridicamente protetto, la competenza del giudice ordinario doveva necessariamente estendersi fino al punto in cui la norma fissava un comportamento alla pubblica amministrazione: l'estensione dell'intervento del giudice era perciò strettamente proporzionale alla capacità della legge di regolare l'attività amministrativa, per cui di conseguenza l'unico limite fissato al potere di cognizione e non alla competenza del giudice ordinario⁽⁶²⁾ doveva essere costituito dalla mancanza di un parametro normativo di riferimento, dalla presenza di valutazioni rimesse al potere discrezionale dell'amministrazione.

La stessa perplessità manifestata da Orlando nei confronti degli aggiustamenti che l'Ufficio centrale del Senato aveva portato

(62) Si rilegga la citazione riportata alla nota n. 77, cap. 1°/1^a pt..

al progetto Crispi, nasceva dalla considerazione che il vero settore nel quale doveva spaziare la riforma non poteva essere rappresentato dalla competenza di legittimità, assicurata dallo stesso giudice ordinario, ma da un controllo dell'« abuso » dell'apparato amministrativo.

Neppure si può dire che le valutazioni di Ranalletti, troppo scarse sul punto, costituissero una consapevole utilizzazione del concetto di eccesso di potere e conseguentemente una valorizzazione delle maggiori capacità incisive che un controllo di legittimità poteva vantare su una verifica limitata alla stretta legalità dell'operato amministrativo.

La ricostruzione ranellettiana, pur riconoscendo che l'ampiezza della formula poteva consentire l'attribuzione degli interessi occasionalmente protetti alla competenza della IV sezione, consapevole delle difficoltà di giustificare su questa base l'esercizio di una funzione giurisdizionale, individuava il fulcro delle attribuzioni della nuova istituzione in un concetto di interesse strettamente collegato ad ipotesi di discrezionalità della pubblica amministrazione.

È questo indubbiamente il punto più delicato della riflessione di Ranalletti, il momento in cui confluiscono forti elementi di continuità con gli equilibri del sistema di giurisdizione unica, ma anche importanti anticipazioni di nuovi e diversi equilibri.

Ed il canale principale, attraverso il quale vecchio e nuovo entrano in relazione, si compenetrano e si sovrappongono, è sempre rappresentato dal concetto di discrezionalità: sullo sfondo dei problemi esegetici, delle difficili questioni tecniche poste dall'applicazione di un ordinamento di giustizia amministrativa non sempre semplice e lineare, compaiono ancora una volta il rapporto tra legge e amministrazione, la relazione tra attività amministrativa e situazioni soggettive del privato.

La sfera della discrezionalità aveva costituito nello stesso sistema di giurisdizione unica — come sappiamo — il simbolo della libertà degli organi amministrativi, dell'amministrazione pura, un settore di controversie sottratte al sindacato del giudice ordinario perché espressione di facoltà e poteri di apprezzamento riservati dalla legge all'amministrazione, un campo di attività normativamente non predeterminato, indispensabile per la necessaria libertà di agire dell'apparato pubblico, indice del fatto che l'amministra-

zione era in primo luogo potere, partecipava del fondamento comune della sovranità.

Il potere di cognizione del giudice doveva quindi necessariamente arrestarsi alla soglia della discrezionalità amministrativa per la mancanza di un parametro normativo di riferimento, in base al quale effettuare il controllo, per l'assenza di situazioni soggettive da tutelare: l'incompatibilità tra diritto soggettivo e potere discrezionale, espressa da Orlando, ma principio generale dell'ordinamento della giurisdizione amministrativa, costituiva la conseguenza immediata dell'equilibrio fissato al momento dell'unificazione tra libertà dell'amministrazione e libertà del cittadino.

Sulla base di questi fondamenti teorici lo sviluppo di un sistema di controlli nel campo riservato alla libertà amministrativa si era realizzato attraverso un perfezionamento di strumenti rigorosamente interni all'apparato e finalizzati ad una verifica « oggettiva » dell'uso del potere amministrativo.

Le formalizzazioni proposte all'indomani della legge istitutiva della IV sezione da Spaventa e da Orlando avevano perfettamente interpretato la conservata centralità del giudice ordinario nel sistema e l'obiettivo di raggiungere con la riforma una minore arbitrarietà delle pur necessarie scelte discrezionali dell'amministrazione.

La soluzione teorica proposta da Ranelletti muoveva da queste stesse considerazioni, da una valutazione realistica degli equilibri fissati nell'applicazione della legge del 1865, ma introduceva dei fattori estranei al sistema che avrebbero portato ad una ridefinizione del ruolo e delle funzioni del giudice ordinario.

La nozione di interesse legittimo abbandonava infatti la sponda dell'interesse occasionalmente protetto⁽⁶³⁾ per sintetizzare la rela-

(63) Pesano indubbiamente le perplessità di Meucci (*Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 32) sulla possibilità di costruire una funzione giurisdizionale sulla base di « interessi puri, solo occasionalmente violati da atti amministrativi illegittimi o ingiusti »: di qui l'affermazione di Ranelletti (*A proposito di una questione di competenza*, cit., p. 78) secondo la quale gli « interessi occasionalmente lesi » non potevano giustificare la « competenza normale » della IV sezione. Si tratta tuttavia di una posizione destinata a subire diversi aggiustamenti nelle opere successive, nelle quali (cfr. RANELLETTI, *Principii di diritto ammi-*

zione tra interesse privato e interesse generale, per esprimere il processo dinamico che vede contrapposti potere amministrativo e situazioni soggettive del cittadino.

L'idea che la IV sezione avrebbe avuto per oggetto gli interessi privati « indissolubilmente congiunti » e « naturalmente subordinati » all'interesse pubblico, era già stata avanzata anche durante il dibattito parlamentare dal Presidente del Consiglio di Stato Carlo Cadorna, che proprio in questa prevalenza dell'interesse generale aveva individuato la ragione prima per l'attribuzione di queste competenze ad un organo apposito tratto dal seno stesso dell'amministrazione ⁽⁶⁴⁾.

In Ranelletti che parlava di interessi che « non possono concepirsi staccati dall'interesse pubblico » ⁽⁶⁵⁾ non c'era tuttavia soltanto un'eco di considerazioni già svolte nelle aule del Senato, ma anche il tentativo di fornire attraverso la nozione di « compressione » ⁽⁶⁶⁾, l'affievolimento della dogmatica pandettistica ⁽⁶⁷⁾, una

nistrativo, Napoli, 1912, pp. 430 e ss.) gli « interessi occasionalmente protetti » e i « diritti affievoliti » costituiranno le due « figure » con cui comporre la categoria dell'interesse legittimo (cfr. *infra* pp. 445 e ss.).

⁽⁶⁴⁾ « La giustizia amministrativa ha per soggetto un interesse privato indissolubilmente congiunto, in un medesimo oggetto, con un interesse pubblico, al quale è naturalmente subordinato, in quanto l'interesse pubblico lo richiegga e che perciò ripiglia, in quanto non vi sia subordinato, il carattere di diritto, e richiede in questa parte una tutela a titolo di giustizia ». (*Atti parlamentari. Senato del Regno. Legislat. XVI, 2ª sessione. Discussioni*, Tornata del 21 marzo 1888, p. 1198).

⁽⁶⁵⁾ RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., p. 71.

⁽⁶⁶⁾ RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., p. 76: « gli interessi dunque, quelli così chiamati dalle nostre leggi amministrative del 2 giugno 1889 e del 1 maggio 1890, sono dei veri diritti, ma che subiscono una compressione, quando si trovano di fronte ed in contrasto coll'elemento col quale sono penetrati e dal quale dipendono, cioè l'interesse generale di quella data società, compressione che toglie loro il mezzo ordinario di farli valere, cioè l'azione comune; ogni qual volta quella compressione manca, riprendono la loro naturale espansione e sono dei veri diritti subiettivi ».

⁽⁶⁷⁾ Per tutti cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I, pt. I, cit., pp. 257-8. Il termine, che compare nell'edizione in lingua tedesca come « Abschwägung der Rechte », è tradotto da Fadda e Bensa con « affievolimento dei diritti », con una terminologia che compariva già in un corso

formula sintetica mediante la quale risolvere il problema interpretativo del riparto.

La dipendenza o l'indipendenza dell'interesse privato nei confronti dell'interesse pubblico espresso dall'atto d'impero dell'amministrazione avrebbe rappresentato il criterio per stabilire la distinzione tra competenze della IV sezione e competenze del giudice ordinario, tra interesse legittimo e diritto soggettivo.

La forzatura dell'orizzonte teorico nel quale era maturata la riforma non era rappresentata soltanto dal fatto che, attribuita alla IV sezione natura giurisdizionale ed imboccata la strada della *causa petendi*, si era arrivati a sostituire alla distinzione dottrinale e normativa tra diritto e interesse, tra interesse protetto e non protetto giuridicamente, quella tra diritto e interesse legittimo, ma dal fatto che con la nozione di interesse legittimo, se formalmente ci si limitava a riunificare in una formula le controversie escluse dal sindacato del giudice ordinario anche prima del 1889, in realtà si apriva un varco nei rapporti tra cittadino e potere postulando la possibilità di una « compressione » delle situazioni soggettive del privato al di fuori del procedimento espropriativo, che aveva necessariamente l'effetto tendenziale di limitare le ipotesi di competenza del giudice ordinario.

universitario tenuto da Scialoja all'Università di Roma nell'anno accademico 1892-93 e di cui molti anni più tardi lo stesso Ranelletti ricorderà l'importanza per i suoi primi lavori di diritto amministrativo. Cfr. rispettivamente, SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893*, a cura di Mapei e Giovannini, Roma, 1933 (3^a ed.), pp. 9 e ss.; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., p. V.

L'applicazione dello schema dell'« affievolimento » al diritto amministrativo ed in particolare al problema del riparto di competenze tra giudice ordinario e amministrativo — come ha dimostrato CANNADA-BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IX (1959), pp. 267 e ss. — forzava in realtà le linee della costruzione pandettistica. Se infatti l'« affievolimento », nelle elaborazioni civilistiche, è sempre collegato alla « perennità del diritto soggettivo », applicato al diritto amministrativo determinava addirittura un mutamento della natura stessa del diritto soggettivo, dando vita a quella figura di interesse legittimo che doveva rappresentare la *causa petendi* peculiare del giudizio amministrativo.

Al concetto di discrezionalità amministrativa come limite del potere cognitivo del giudice ordinario nei confronti dell'atto amministrativo si sostituisce una diversa costruzione teorica che sulla base della sola presenza di valutazioni relative all'interesse generale comporta la perdita dell'azione giudiziaria⁽⁶⁸⁾ e l'attribuzione della controversia all'esclusiva competenza della IV sezione⁽⁶⁹⁾: la soluzione di un problema di riparto tende allora a risolversi in una diversa formalizzazione del potere pubblico, a divenire un canale attraverso il quale costruire un nuovo assetto nei rapporti tra Stato e cittadino. Un aspetto questo che apparirà più chiaro quando la nozione di interesse legittimo diventerà, già dalla fine degli anni '90, parte integrante della teoria generale del diritto amministrativo, ma sin d'ora appare evidente come attraverso una diversa definizione della discrezionalità fosse possibile determinare un diverso equilibrio istituzionale, disegnare un altro modello amministrativo.

La stessa utilizzazione del principio di relatività dei rapporti giuridici — « per gli interessi lo stesso rapporto può essere diritto

(68) L'affermazione di Ranalletti secondo la quale al giudice ordinario dovevano essere attribuiti i soli « interessi » (diritti soggettivi) che « hanno una vita indipendente dall'interesse pubblico e possono essere considerati, esaminati, discussi indipendentemente da qualsiasi considerazione relativa all'interesse pubblico » (RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza*, cit., p. 71) venne subito criticata da E. CARUSI, *Sulla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Giustizia amministrativa*, III (1892), p. 151: « io non so come una simile teorica si possa conciliare colla legge del 1865, che attribuisce al giudice ordinario tutte le questioni di *diritto civile e politico* ». Per un'articolata replica a queste critiche, che confermava il legame tra esercizio del potere discrezionale e « compressione », cfr. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro it.*, XVIII (1893), I, pp. 470 e ss.

(69) Tutta la riflessione ranellettiana è finalizzata al rigetto della tesi di Scialoja, è indirizzata verso l'esclusione di qualsiasi possibilità di « doppia tutela »: « io ho data una certa distinzione del diritto e dell'interesse, che con altri ho chiamato legittimo, e se questo è l'interesse, che forma veramente l'oggetto della giurisdizione amministrativa, non mi pare più possibile che ad essa possa essere anche sottoposto l'interesse contenuto del diritto, perché la materia è essenzialmente diversa » (RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., p. 80).

e interesse secondo la persona autrice della violazione »⁽⁷⁰⁾ — da una parte poteva rappresentare un elemento di continuità con una concezione dell'amministrazione come potere indubbiamente presente nel sistema di giurisdizione unica, ma che attraverso lo spostamento dell'attività prevalente della pubblica amministrazione dall'attività esecutrice di legge ad attività discrezionale, libera, auto-legittimantesi, attraverso il passaggio della discrezionalità da sfera insondabile, ma negativa, simbolo della libertà dell'amministrazione ad attività essenziale e caratterizzante il potere amministrativo, diventava la valvola con la quale comprimere la sfera dei diritti soggettivi dei cittadini, ridurre drasticamente le attribuzioni del giudice ordinario.

Lo scioglimento della clausola generale, prevista dall'articolo 24 per determinare la competenza del giudice amministrativo, operato da Ranalletti attribuendo alla IV sezione le controversie nelle quali la pubblica amministrazione si manifestava nel suo potere discrezionale, rappresenta quindi il decisivo anello di congiunzione tra la realtà del sistema di giurisdizione unica e le successive teorizzazioni dogmatiche: se il ricorso al concetto di « compressione » e l'utilizzazione, ma in un contesto molto diverso da quello di Meucci, della nozione d'interesse legittimo rispondono in primo luogo all'esigenza di risolvere una difficile questione esegetica, di offrire una descrizione teorica e sintetica delle controversie escluse dal sindacato del giudice ordinario, il nascente ed inscindibile legame tra interesse legittimo e potere discrezionale, abbandonati i luoghi più appartati e più tecnici delle note a sentenza, dei primi rapidi commenti alla riforma del 1889 per opere di maggiore impegno dogmatico, costituirà il principale strumento sul quale fondare una teoria generale volutamente e sapientemente costruita sui valori di supremazia della pubblica amministrazione.

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*, p. 74: lo stesso rapporto giuridico poteva così essere di diritto soggettivo nei confronti di un altro privato, di interesse legittimo nei confronti dell'amministrazione. Per la derivazione pandettistica anche di questo aspetto della teoria ranallettiana, cfr. CANNADA-BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, cit., p. 271, mentre in generale sulle « fasi di svolgimento dei rapporti giuridici » si veda la sistematica di E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, pp. 188 e ss..

L'imbocco della linea « sostanziale » sulla falsariga del concetto di « compressione » apriva così anche la strada al successivo binomio di diritto affievolito e potere discrezionale, destinato a diventare, all'interno di una più complessiva teoria generale che investiva il ruolo stesso della legge nella determinazione dei fatti amministrativi, il rapporto naturale, principale, assorbente le relazioni tra cittadino e pubblica amministrazione.

CAPITOLO TERZO

VERSO LE SINTESI TEORICHE: ALTERNATIVE INTERPRETATIVE, POTERE DISCREZIONALE E « STATO GIURIDICO » NEL DIBATTITO DI FINE SECOLO

Premessa. — 1. Giustizia amministrativa e « Stato giuridico »: il modello orlandiano. — 2. Discrezionalità amministrativa e funzione giurisdizionale nel sistema di Lodovico Mortara. — 3. Potere discrezionale e nuovi modelli amministrativi nel dibattito di fine secolo.

Premessa.

Se nella prima metà degli anni '90 gli sforzi della giuspubblicistica italiana intorno ai temi della giustizia amministrativa erano stati tutti concentrati nel tentativo d'interpretare le difficili coordinate normative delle riforme crispine e si erano limitati ad offrire una possibile lettura delle novità introdotte nel sistema inaugurato con l'unificazione, con la seconda metà dell'ultimo decennio del secolo si fa più sensibile la tendenza ad inserire gli esami esegetici in prospettive teoriche più complessive, in sintesi dogmatiche più generali.

L'indirizzo esposto da Orlando nelle prolusioni della fine degli anni '80 incontra nuovi consensi, mentre il rapido declino di proposte metodologiche alternative o complementari come quella della scienza dell'amministrazione ⁽¹⁾ fa sì che lo studio dei fatti ammi-

⁽¹⁾ Cfr. FERRARIS, *Le relazioni della scienza dell'amministrazione col diritto amministrativo*, cit., pp. 53 e ss., per il quale, se alla scienza dell'amministrazione dovevano essere attribuite « le così dette *materie* amministrative in senso politico, le *res* dell'Amministrazione », al diritto amministrativo doveva essere conservato « lo studio dell'organismo e del conenzioso amministrativo » (*ibid.*, p. 71), la « *forma* dello Stato ». Sul de-

nistrativi diventi sempre più appannaggio esclusivo della scuola del metodo giuridico.

Ma il decennio che separa i *Principii di diritto amministrativo* di Vittorio Emanuele Orlando dai *Principii* di Santi Romano ⁽²⁾ non può esser letto soltanto in funzione di un progressivo superamento di prospettive esegetiche, di una sempre più accentuata formalizzazione dei modi di conoscenza dell'amministrazione: l'approdo al sistema, alla « costruzione » delle teorie generali, così evidente nel manuale di Romano, e che pure costituì un indirizzo che convisse sempre con una prevalente « tendenza contenutistica » ⁽³⁾ della scienza italiana di diritto amministrativo, rappresenta indubbiamente un dato indiscutibile dell'itinerario percorso dalla giuspubblicistica di fine secolo, che rischia tuttavia di riuscire poco significativo delle polarità, dei contrasti che una scienza giuridica apparentemente concorde nascondeva al suo interno.

La costruzione teorica dello « Stato di diritto », dello « Stato giuridico » si rivela quindi un processo molto meno lineare di quanto possa far supporre l'uso di terminologie sostanzialmente uniformi o la scelta di indirizzi metodologici talvolta discordanti, ma sempre largamente compatibili: le costruzioni giuridiche dello Stato e della pubblica amministrazione che i giuristi ci offrono dimostrano allora la presenza di consapevolezze largamente differenziate dei processi di trasformazione della società e delle istituzioni, ci svelano modi diversi di considerare e tutelare le esigenze di autonomia dell'amministrazione.

clino della scienza dell'amministrazione parallelamente all'affermarsi della scuola del metodo giuridico, cfr. MOZZARELLI-NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, cit., pp. 95 e ss.

(2) La prima edizione dei *Principii* di Orlando, come sappiamo, risale al 1891, mentre i *Principii di diritto amministrativo italiano*, di Santi Romano, faranno la loro comparsa nel 1901. Sul carattere di vera e propria svolta che quest'opera di Romano determinò nell'evoluzione della scienza amministrativistica italiana, già le osservazioni di GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 255.

(3) GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 256. Si vedano anche le osservazioni critiche di RANELLETTI, *Recensione* a S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIV (1902), pp. 98-106, che analizzeremo nel capitolo seguente.

Ne viene fuori un ritratto poco convenzionale della giuspubblicistica di fine secolo, che risulta solcata da tendenze contrastanti, per niente unanime al di là di qualche generica e nominalistica affermazione di principio intorno al primato della legge, alla centralità dell'individuo e dei suoi diritti, pronta a porre in discussione soluzioni teoriche consolidate e a sposare nuovi modelli che, incentrati su una rinvigorita autonomia degli apparati amministrativi, permettano alle istituzioni di superare crescenti crisi di legittimazione, garantiscano allo Stato più liberi e immediati interventi nella sfera del sociale (4).

Di tutto questo la vicenda della giustizia amministrativa è uno specchio fedele, rappresenta ancora una volta, come già era avvenuto nei dibattiti degli anni '80, il punto d'incontro e di scontro di modelli contrapposti, di contrastanti elaborazioni dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione (5).

Comincia a formarsi, per il momento al livello della *scientia iuris*, ma in seguito ampiamente recepito dalla giurisprudenza e quindi dotato di un sempre crescente valore normativo, un modello teorico che altera gli equilibri fissati con le leggi di unificazione, che realizza attraverso un tentativo di giuridicizzazione dei settori di amministrazione pura una più accentuata autonomia del potere amministrativo, che sottrae con inesorabile progressività il rapporto tra amministrazione e cittadino alla tutela e alla sanzione del sindacato del giudice ordinario.

Le alternative interpretative superano allora il momento meramente esegetico, arrivano ad investire la stessa teoria generale, i rapporti tra legge e attività amministrativa, la funzione e la posizione dell'amministrazione negli equilibri istituzionali, nei rapporti tra i poteri dello Stato.

(4) Si veda *infra* pp. 317 e ss. dove cerchiamo d'individuare la svolta che si determinò all'interno della giuspubblicistica con i nuovi modelli amministrativi fissati nella riflessione giuridica di Santi Romano e di Oreste Ranelletti.

(5) Rispetto ai dibattiti degli anni '80 i problemi della giustizia amministrativa sono ora però appannaggio esclusivo di giurisprudenza e scienza giuridica: di conseguenza la contrapposizione dei modelli amministrativi si giocherà tutta all'interno della *scientia iuris*, riguarderà essenzialmente la sistemazione teorica dei fatti amministrativi, si colorirà di elementi dall'inevitabile carattere tecnico.

Intorno ad un tema apparentemente tecnico, che tanti elementi di continuità conservava con i modelli teorici dell'unificazione, intorno al problema del potere discrezionale troveremo così contrasti latenti, la contrapposizione tra le elaborazioni tradizionali, che avranno negli interventi di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara rinnovate e più feconde interpretazioni, ed i nuovi modelli che prenderanno forma nelle pagine, pur tanto diverse, di Oreste Ranelletti e di Santi Romano.

E proprio questi nuovi modelli riusciranno progressivamente ad imporsi, a livello teorico e giurisprudenziale, dando vita ad un diritto amministrativo fortemente condizionato dai valori di autonomia e supremazia dell'amministrazione, rigidamente arroccato nella sua natura di diritto speciale rispetto alle regole del diritto comune, garantito e sanzionato da un giudice apposito, il Consiglio di Stato, che al di là degli equilibri normativi tende a porsi, nell'effettività dell'esperienza giuridica, come il giudice generale ed esclusivo dei fatti amministrativi.

Prende corpo un disegno globale della funzione amministrativa nitido, lineare, sapientemente costruito su coordinate di teoria generale che s'inseriscono in un ordito dall'inattaccabile valore dogmatico, un disegno capace di resistere a mutamenti istituzionali ed alla trasformazione stessa dei modi e degli strumenti d'intervento dello Stato nell'economico e nel sociale, ancor'oggi presente e vitale nelle descrizioni giuridiche dell'attività amministrativa, ma che comincia a delinarsi in un momento in cui le certezze liberali sembrano gravemente minacciate, in cui la classe dirigente, incapace di far fronte ad una crescente tensione del paese reale, sembra destinata ad un'irreversibile involuzione autoritaria.

Non è un caso che gli autori principali di questo disegno siano anche i giuristi più consapevoli delle trasformazioni in atto, della crescita delle forme d'intervento dello Stato, dell'esigenza di potenziare il « polo autoritario » per far fronte alla crescente crisi delle istituzioni.

La « necessità » dell'amministrazione, la capacità dell'apparato di legittimarsi nella sua stessa realtà di potere, diventano allora la risposta che a livello di teoria generale si cerca di opporre alla perdita di credibilità del modello liberale: senza metterne in discussione i principi portanti, ma realizzandone una sostanziale revi-

sione, il primato dell'istituzionale sul politico, che aveva animato il dibattito sul parlamentarismo, tendeva ormai a tradursi, nelle sintesi teoriche della *scientia iuris*, in un primato forse meno contraddittorio, ma sicuramente meno « liberale », nel primato degli apparati sulle istituzioni rappresentative.

1. *Giustizia amministrativa e « Stato giuridico »: il modello orlandiano.*

La persistente validità e diffusione di schemi e modelli interpretativi della realtà amministrativa che potremmo definire « tradizionali » si deve, in questo scorcio del secolo diciannovesimo, in modo prevalente alle pagine di due giuristi culturalmente e professionalmente assai distanti e ai quali dobbiamo soluzioni ed elaborazioni teoriche che sul piano tecnico risultarono anche sensibilmente differenziate, ma nei quali il rapporto tra amministrazione e cittadino s'incanala nei binari consolidati della difficile e spesso contraddittoria conciliazione tra le esigenze di autonomia degli apparati pubblici e quelle di libertà dell'individuo.

Le pagine che Vittorio Emanuele Orlando e Lodovico Mortara dedicarono, in questa seconda metà degli anni '90, ai problemi della giustizia amministrativa sembrano, apparentemente, collegate soltanto dall'identica scelta di una « linea processuale » nell'individuazione del criterio di riparto tra le competenze del giudice ordinario e del nuovo giudice amministrativo⁽⁶⁾. Tuttavia oltre questo punto di convergenza, pur significativo, e che vede i due giuristi sviluppare in più complesse e sofisticate costruzioni teoriche le iniziali intuizioni di Vittorio Scialoja, la sostanziale continuità delle loro elaborazioni va individuata nella tenuta di un modello ancora imperniato, da una parte, sulla centralità del giudice ordinario e

(6) L'adesione alla tesi del *petitum* è collegata in Orlando — come sappiamo — al recupero della natura amministrativa della IV sezione, mentre in Mortara s'inserisce in un tentativo più sofisticato d'interpretazione dell'intero sistema di tutela del cittadino, che fa leva sul riconoscimento della funzione giurisdizionale esercitata dagli organi di giustizia amministrativa e sul concetto di « diritto pubblico soggettivo alla legittimità degli atti amministrativi ». Lo vedremo più analiticamente nelle prossime pagine.

sul concetto di diritto soggettivo, dall'altra, sulla funzione eminentemente « oggettiva » assegnata agli organi di giustizia amministrativa e che si esprime pertanto in un disegno che vincola rigorosamente l'attività amministrativa all'esecuzione del precetto legislativo.

Ci troviamo di fronte ad interventi dall'evidente impegno teorico: se Orlando, conclusa l'esperienza dell'*Archivio di diritto pubblico* ⁽⁷⁾, formula, nell'*Introduzione* alla poderosa iniziativa del *Trattato di diritto amministrativo* ⁽⁸⁾, le linee complessive del suo modello di « Stato giuridico » e contemporaneamente affida alle colonne del *Digesto*, in un lavoro più tecnico, ma nel quale era palese la volontà di approdare ad una sintesi di carattere generale, un quadro globale degli strumenti di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, Mortara inserisce ormai il problema della giustizia amministrativa all'interno della funzione giurisdizionale, nella *Teoria e sistema della procedura civile* ⁽⁹⁾.

In entrambi i casi cioè il problema della giustizia amministra-

(7) La prima serie dell'*Archivio di diritto pubblico*, fondato a Palermo nel 1891, si chiude, dopo sei annate della rivista, nel 1896, alla vigilia della grande impresa del *Trattato di diritto amministrativo*. Su queste importanti iniziative editoriali orlandiane cfr. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando*, cit., pp. 109 e ss..

(8) Il *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* esce per la prima volta a fascicoli nel 1897 e si conclude nel 1925 dopo la pubblicazione di 10 volumi, seguendo il « prospetto della partizione sistematica del diritto amministrativo » redatto da Orlando nell'*Introduzione* (vol. I, pp. 104-5) ed ancora legato ad una descrizione delle singole attività materiali della pubblica amministrazione ed incentrato sulla tradizionale distinzione tra « attività giuridica » e « attività sociale ». Pur nelle sue « proporzioni maestose » (GIANNINI, *Profili*, cit., p. 241) il *Trattato* risultò « in pratica un complesso di monografie, alcune delle quali di alto valore, ma non sufficientemente collegate e proporzionate ». (Questo giudizio di Guido Zanobini è riportato da CASSESE, *Guido Zanobini e il sistema del diritto amministrativo degli anni trenta*, ora in ID., *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, pp. 292-3). Analogo giudizio in U. BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, in *Studi senesi*, XXX (1914), p. 253.

(9) Facciamo riferimento a ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit.; ID., *Contenzioso amministrativo*, cit.; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, *Teoria e sistema della procedura civile*, cit..

tiva si allontana dalle minute questioni esegetiche dei primi anni '90 per approdare ad una teoria generale dei rapporti tra amministrazione e cittadino, investe la funzione stessa dell'amministrare, il ruolo degli apparati negli equilibri istituzionali.

Del resto nell'arco cronologico in cui si collocano questi interventi di Orlando e di Mortara e che va dalla caduta di Crispi alla « crisi di fine secolo », i processi di trasformazione della società e dello Stato subiscono vistosi segni di accelerazione: se i pericoli del « socialismo » e del « clericalismo »⁽¹⁰⁾ sembrano incombere minacciosi sulla precaria *leadership* della classe dirigente liberale, sull'incerta stabilità delle istituzioni, il tessuto sociale svela crescenti fattori di disgregazione, mette a nudo tensioni sempre più laceranti.

La ripresa della letteratura sul parlamentarismo, che conosce già dal 1896 nuove fortune, dimostra il rinnovarsi dell'esigenza mai completamente sopita di ricercare nuovi meccanismi costituzionali e amministrativi, alternative istituzionali da opporre al precario sistema di potere vigente.

Così se Orlando licenzia la sua *Introduzione al Trattato* il 1° gennaio 1897, Sidney Sonnino, nello stesso giorno, lancia dalle colonne della *Nuova Antologia* quell'appello al *Torniamo allo Statuto* in cui il progetto autoritario di revisione della costituzione materiale e di restaurazione delle prerogative regie si fonde in un tentativo più generale di delineare un nuovo primato dell'Esecutivo, uno statuto più libero e più autonomo dalle ingerenze politiche e parlamentari per un'amministrazione chiamata a svolgere funzioni che « si accrescono ogni giorno di più »⁽¹¹⁾.

(10) SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, in *Nuova Antologia*, 1 gennaio 1897, (ma l'articolo sulla rivista compariva con la firma « Un Deputato ») ora in *Id.*, *Scritti e discorsi extraparlamentari*, vol. I, cit., p. 577: « mentre il parlamentarismo è in pieno discredito, non vi è un insieme di dottrine che indichi, col consenso generale una data e positiva evoluzione verso altro metodo, verso altra base di governo liberale e ordinato ad un tempo. E intanto il socialismo si organizza minaccioso da un lato, il clericalismo con intenti teocratici dall'altro ».

(11) *Ibid.*, p. 579. Sul programma sonniniiano cfr. almeno RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, vol. IV, *Dall'Unità ad oggi*. tm. 3°, cit., pp. 1837 e ss.; AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, vol. I, *Le premesse politiche ed economiche*, cit., pp. 77 e ss..

Accanto al progetto d'instaurare una monarchia sociale di stampo bismarkiano, si ridestano anche preoccupazioni e inquietudini per gli instabili equilibri tra politica e amministrazione, mentre il vetusto modello del funzionario onorario rivive insospettabili successi e nelle direzioni più disparate: nei tentativi riformatori di Antonio Di Rudinì⁽¹²⁾, nelle pagine degli *Elementi di scienza politica* di Gaetano Mosca⁽¹³⁾, nelle proposte di Carlo Francesco Ferraris di fondare su una « classe di ottimati » una forte compagine autarchica adeguata all'aumento dei servizi di interesse sociale⁽¹⁴⁾, negli eterogenei modelli di Ippolito Santangelo Spoto allarmato per la « tabe autoritaria » della centralizzazione « ponte verso il socialismo » e strumento per realizzare uno « Stato provvidenza » pericolosamente gravato di sempre più onerosi compiti di supplenza e intervento⁽¹⁵⁾.

(12) Cfr. ROSSI DORIA, *Per una storia del « decentramento conservatore »: Antonio Di Rudinì e le riforme*, cit., mentre per l'avversione sonniniana alle proposte riformatrici del Di Rudinì, giudicate « balocchi di cui alcuni pericolosi » cfr. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit., p. 1838; U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia. 1896-1900*, Milano, 1975, pp. 19 e ss..

(13) Cfr. *retro* nota 37 cap. 2°/1ª pt..

(14) FERRARIS, *Teoria del decentramento amministrativo*, cit., p. 141: se l'allargamento del suffragio locale si presentava ormai inevitabile, occorreva tuttavia per Ferraris fare una precisa distinzione tra elettorato attivo e passivo, elevando i requisiti per l'eleggibilità e mantenendo all'« autarchia locale » « un carattere aristocratico, nel senso originario e più vero della parola » e conservando quindi l'assoluta gratuità delle cariche (*ibid.*, pp. 106-9). Su questo lavoro di Ferraris cfr. RUFFILLI, *La questione regionale dall'unificazione alla dittatura*, cit., pp. 176 e ss. (anche per la diffusione nello stesso Ferraris, come in Orlando, Mosca, Romano, del modello del Commissario civile — istituito dal Di Rudinì, nell'aprile del 1896, per la Sicilia — per la realizzazione di un decentramento burocratico regionale esteso a tutto il Regno); LANARO, *Nazione e lavoro*, cit., pp. 214 e ss..

(15) SANTANGELO SPOTO, *La giustizia nell'amministrazione. La burocrazia e il governo parlamentare*, cit., pp. 276-7, p. 298. Per questa peculiare interpretazione della letteratura di fine secolo sul parlamentarismo (per l'utilizzo del modello del *selfgovernment* in chiave antiburocratica cfr. le pp. 356 e ss.) rinviamo ad A. PORRO, *Modelli di burocrazia ed élites politiche. Riflessioni sulla dottrina « politico-amministrativa » di Ippolito Santangelo Spoto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVII (1977), pp. 722 e ss..

Giungono così segnali contrastanti e contraddittori, spinte verso forme più incisive di ingerenza dello Stato o preoccupati presagi nei confronti di risorgenti poteri burocratici, progetti autoritari incentrati sulla restaurazione della « monarchia liberale e rappresentativa dello Statuto »⁽¹⁶⁾ o disegni anacronistici che fanno leva invece su una rinnovata funzione politica di una proprietà terriera condannata ad un declino inarrestabile, che trovano tuttavia un elemento unificante nella diffusa sfiducia verso le istituzioni rappresentative, verso la capacità del Parlamento di garantire un organico collegamento tra « governo e governati » e nella parallela ricerca di un potenziamento delle strutture « necessarie » dello Stato per far fronte ad una crescente crisi di legittimazione della classe dirigente.

Le tensioni che lacerano il tessuto sociale, i processi di trasformazione che investono la struttura e la funzione degli apparati amministrativi non ricevono, tuttavia, un'eco particolare nelle pagine orlandiane che introducono la monumentale opera del *Trattato*: è vero che nella *Prefazione* si possono pur trovare brani che sottolineano l'importanza e la centralità che il diritto amministrativo ha progressivamente acquisito anche nei confronti delle istituzioni costituzionali, ma le affermazioni del giurista siciliano costituiscono la riproposizione di un *topos* diffuso sin dalla fine degli anni '70 nella letteratura giuridico politica postunitaria, più che il frutto di un'immediata consapevolezza dei crescenti fattori di crisi che minavano le strutture statuali nell'ultimo decennio del secolo.

Il ricordare quindi che la « libertà politica » è « ben povera cosa se scompagnata dalla libertà civile, concetto che implica necessariamente le garanzie giuridiche dell'individuo di fronte all'azione dello Stato »⁽¹⁷⁾, esprimeva la volontà di porre il rapporto tra Stato e cittadino saldamente al centro della tematica del diritto pubblico, di riaffermare l'essenzialità delle « guarentigie » nei confronti del potere amministrativo per una compiuta delineazione del modello dello « Stato giuridico ».

⁽¹⁶⁾ SONNINO, *Torniamo allo Statuto*, cit., p. 596.

⁽¹⁷⁾ ORLANDO, *Prefazione* al vol. I del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900 (ma lo scritto reca la data 1 gennaio 1897), p. XII.

La sempre più accentuata depurazione della teoria costituzionale da ogni elemento contrattualista o volontarista, l'ipostituzione della personalità giuridica dello Stato ad elemento naturale e necessario, l'individuazione del fondamento della sovranità nel consenso « spontaneo » della comunità, in una organicistica « coscienza popolare », garantiscono infatti alle istituzioni una completa impermeabilità nei confronti delle tensioni sociali, permettono una lettura giuridica delle dinamiche del potere sottratta ai conflitti tra governo e governati, assicurano una costruzione delle relazioni tra Stato e individuo nella forma del rapporto giuridico.

L'idea di *Rechtsstaat* che si delinea nelle pagine dell'*Introduzione* prende consapevolmente le distanze da un modello che individua il fulcro dei rapporti Stato cittadino nella libertà politica, che tende a risolvere la questione costituzionale nella rappresentanza e nella sovranità popolare: il primato dell'istituzionale sul politico che aveva animato il dibattito degli anni '80 si è tradotto in una teorizzazione globale del processo costituzionale, mentre l'obiettivo di una maggiore stabilità delle istituzioni, la volontà di salvaguardare il nucleo delle strutture dello Stato dal conflitto politico e sociale si realizzano attraverso una lettura che esclude il dato non giuridico, che riposa coscientemente sul presupposto di una tranquillizzante ed armonica organicità.

L'approccio formalistico è indubitabile, la giuridicizzazione del rapporto Stato cittadino mira a depotenziarne la rilevanza politica, ma non è più possibile negare al modello costituzionale tradizionalmente francese della sovranità popolare, del primato della legge come espressione di una maggioranza parlamentare, la natura di « Stato giuridico ».

In questa direzione la lezione dei tedeschi, di Rudolf von Gneist in particolare, non può essere seguita⁽¹⁸⁾: lo « Stato giuri-

(18) ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 37, in nota: « secondo noi, le sole garanzie politico-costituzionali sono insufficienti a soddisfare i desiderata dello Stato giuridico: il Gneist si mostra più severo quando assume che ' lo Stato francese è la negazione dello Stato giuridico '. Che difatti certi eccessi delle teorie democratiche noccano alla serena esplicazione delle gaurentigie individuali, può e deve ammettersi: ed è in questo senso relativo che il Gneist viene a quella conclusione, non già nel senso che le forme rappresentative e democratiche siano, per sé stesse, incompa-

dico » è in primo luogo « Stato costituzionale », deve impersonare quella forma di organizzazione politica che ha lo scopo di garantire « la maggiore rispondenza » tra l'« indirizzo governativo » e « il sentimento popolare » (19).

La centralità delle « guarentigie giuridiche » nella costruzione del modello del *Rechtsstaat* non si forma allora in opposizione alla centralità dell'obbligazione politica, ma ne costituisce un completamento necessario, un perfezionamento in senso garantista: così il diritto non può che precedere nell'ordine logico lo Stato e quest'ultimo non può non uniformarsi al precetto giuridico (20).

La riconferma delle critiche al principio di divisione dei poteri, la riconduzione della sovranità allo Stato persona giuridica, gli espedienti teorici per sfuggire all'identificazione del diritto con la deliberazione di un'assemblea, non possono mettere in discussione il primato della legge nelle forme di manifestazione della sovranità, il principio che rivendica « l'obbedienza generale ed incondizionata » (21) all'atto legislativo, ma che condiziona l'obbedienza ai decreti del potere esecutivo alla loro conformità al dettato normativo.

La risoluzione delle relazioni tra Stato e cittadino nella forma del rapporto giuridico ha l'effetto di ricondurre la legittimazione dell'agire amministrativo all'esecuzione di legge, riproporre la sottoposizione dell'amministrazione al controllo giurisdizionale come

tibili con lo Stato giuridico. Ciò sarebbe un'esagerazione nel senso opposto a quello da noi criticato: noi parliamo di *insufficienza*, non di *negazione* ». Una posizione analoga è in VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso la autorità amministrativa*, cit., p. 282.

(19) *Ibid.*, p. 24.

(20) *Ibid.*, p. 38: « quando lo Stato si uniforma ai precetti che lo sviluppo del diritto rende maturi, esso non fa che prestare omaggio alla ragione medesima della sua esistenza, mentre sarebbe indizio di degenerazione il ribellarvisi ». Al di là degli artifici logico retorici in cui si finiva fatalmente per cadere nel tentativo di risolvere il formidabile problema dell'esistenza di limiti giuridici all'attività di uno Stato proclamatosi unico produttore del diritto, posizioni come questa di Orlando possedevano comunque un « proprio specifico significato morale, e perciò una certa, per quanto debole efficacia legittimante » (G. POGGI, *La vicenda dello Stato moderno. Profilo sociologico*, Bologna, 1978, p. 159, per una valutazione che possiamo riferire anche a questa immagine orlandiana).

(21) ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 30.

momento essenziale e caratterizzante il processo di progressiva affermazione dello « Stato giuridico »⁽²²⁾.

E proprio questo processo di giuridicizzazione e di spersonalizzazione dei modi di manifestazione del potere, questa riconduzione al diritto dell'attività delle istituzioni, rappresentano per Orlando i frutti tangibili del lento calarsi dello Stato moderno nelle forme del *Rechtsstaat* (23).

Non sembra allora particolarmente gravida di effetti e di conseguenze la definizione che Orlando aveva dato nel volume dei *Principii* del 1891 del concetto di diritto amministrativo — « il sistema di quei principii giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini »⁽²⁴⁾ — ed alla quale, a distanza di molti anni, nell'ultima edizione del manuale, aveva rivendicato il merito di aver inaugurato un nuovo corso della giuspubblicistica — introducendo l'elemento teleologico nella considerazione dell'attività amministrativa — e di aver fondato una nuova autonomia scientifica del diritto amministrativo⁽²⁵⁾.

In realtà con un'interpretazione un po' troppo benevola della propria capacità di comprendere le trasformazioni in corso ed adombrando uno sviluppo della scienza amministrativistica italiana senza soluzioni di continuità, scandito semplicemente dall'evoluzione di premesse già insite in quella scelta originaria⁽²⁶⁾, Orlando

(22) Un quadro esauriente degli elementi che caratterizzano lo « Stato legislativo », anche se nell'ottica « realistica » di svalutazione e critica del formalismo delle regole del gioco dello Stato costituzionale e del giuridicismo ottocentesco, in C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig-München, 1932, trad. ital., *Le categorie del « politico »*. *Saggi di teoria politica* a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 223 e ss..

(23) Sull'indispensabile funzione che il diritto esercita nella limitazione del potere e sul primato del « governo delle leggi » sul « governo degli uomini », da ultimo N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, p. XI e p. 170.

(24) ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 17.

(25) ORLANDO, *Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*, Introduzione ad ID., *Principi di diritto amministrativo*, a cura di S. Lessona, Firenze, 1952, ora in ID., *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Milano, 1955, pp. 175 e ss..

(26) Su questo tardo scritto orlandiano in cui sui problemi di sistemazione giuridica delle forme di manifestazione della sovranità prevale il tentativo di rivendicare una sostanziale continuità tra le proprie imposta-

attribuiva a quella definizione un significato ed un peso che non trovavano riscontro nelle applicazioni concrete che il giurista siciliano elaborava nella costruzione del proprio sistema del diritto amministrativo.

Non solo infatti le indicazioni metodologiche non ricevono sempre, negli scritti orlandiani di questi anni, una compiuta attuazione dei principi programmati ed una rigorosa costruzione dei fatti amministrativi in un sistema di teoria generale — se si considera che la stessa impostazione del *Trattato* rimane sostanzialmente ancorata ad una descrizione delle varie branche amministrative, dei settori di attività — ma, più in particolare, il collegamento tra attività e fini, del resto presente anche alla letteratura italiana precedente⁽²⁷⁾, non si traduce né in un'analisi più « realistica » delle funzioni e dei compiti degli apparati che tenga conto dei diversi equilibri che si venivano fissando tra Stato e società, né in un disegno teorico che, rendendo relativamente non influente il rapporto tra legge e amministrazione, si affidi a fattori di legittimazione che saltando il momento legislativo riscoprono un'originaria libertà dell'amministrazione.

Tra il piano del « diritto pubblico generale »⁽²⁸⁾ e quello della costruzione concreta degli istituti in cui si articola il diritto ammi-

zioni e la successiva teoria romaniana dell'ordinamento giuridico, cfr. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, cit., pp. 204-5. Interessante anche GIANINI, *Recensione a V. E. ORLANDO, Principi di diritto amministrativo*, a cura di S. Lessona, Firenze, 1952, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III (1953), pp. 147-150.

(27) Per tutti MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 8: « l'amministrazione non è altro se non l'azione dello Stato per raggiungere gli scopi di pubblica felicità, o, più semplicemente, la cura dell'interesse pubblico ». « Il diritto amministrativo è quel ramo di diritto pubblico che detta le norme regolative degli istituti sociali e degli atti del potere esecutivo per l'effettuazione degli scopi di pubblica utilità » (*ibid.*, p. 9). Rispetto alle pagine di Lorenzo Meucci, le costruzioni orlandiane rivelano comunque una più accentuata formalizzazione, se non altro per l'assoluta centralità conquistata dal concetto di personalità giuridica dello Stato nel sistema del diritto pubblico.

(28) Per l'individuazione di una peculiare *sedes materiae* nella quale risolvere i problemi di teoria generale del diritto pubblico, cfr. ORLANDO, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, prolusione letta al-

nistrativo non si realizza così una perfetta continuità: se lo Stato non ha bisogno di legittimarsi, se « sorge con un proprio *fine* e con *mezzi* idonei pel conseguimento del fine stesso »⁽²⁹⁾, se quindi personalità giuridica e sovranità ne costituiscono gli attributi naturali e necessari, non ne discende conseguentemente che sul piano delle forme di manifestazione di questa stessa sovranità l'amministrazione debba esprimere una propria autonoma capacità d'interpretare e soddisfare i bisogni collettivi.

Non è un caso allora che nel momento in cui si passa dalla prospettiva di « diritto pubblico generale » alla costruzione del rapporto amministrazione cittadino, il ruolo fondamentale sia giocato ancora una volta dal principio di divisione dei poteri, cioè da un modello teorico che riconduce le manifestazioni della sovranità ad una gerarchia ancorata al primato della legge⁽³⁰⁾.

Il fulcro dei processi che investono lo Stato e le istituzioni va ancora individuato per Orlando nella sempre più estesa sottoposizione al diritto dell'attività dei poteri pubblici: il problema della legalità dell'azione amministrativa rimane ancora la questione essenziale del diritto amministrativo, ne rappresenta la meta ideale e la qualificazione teorica delle relazioni esistenti tra cittadino e amministrazione, così come la giurisdizione amministrativa costituisce « il campo concreto in cui maggiormente si attuano i principii teorici dello Stato giuridico »⁽³¹⁾.

L'introduzione del concetto di « fine » nella definizione del diritto amministrativo non rappresenta allora altro che una conse-

Università di Roma nel 1901, in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 101 e ss..

⁽²⁹⁾ ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 17.

⁽³⁰⁾ La separazione tra organi che « dichiarano il diritto » ed organi che attuano il comando dello Stato diventerà infatti una condizione essenziale per « comprendere » la stessa teoria dell'« autolimitazione dello Stato » (« se invece da questa separazione si prescindia, l'autolimitazione sarebbe un nome vano, però che la pienezza del potere sovrano avrebbe sempre il mezzo di far venir meno il limite impostosi ») e per risolvere quindi anche a livello del « diritto pubblico generale » il rapporto tra Stato e diritto. Cfr. ORLANDO, *La personalità giuridica dello Stato*, in G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1905 (1^a ed. 1900), trad. ital. a c. di M. Petrozziello, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, p. 694.

⁽³¹⁾ ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 41.

guenza logica dell'aver costruito lo Stato nella forma della persona giuridica, non può rappresentare la formalizzazione del crescente implicarsi dello Stato con gli interessi e i conflitti sociali e della parallela crescente statualizzazione della società: l'incipiente alterazione della linearità dello Stato liberale non è né avvertita, né tanto meno tradotta in nuovi modelli giuridici; il diritto pubblico rimane saldamente incentrato sull'esclusività del rapporto tra Stato e cittadino.

Sulla base di questi principi teorici vanno lette anche le opere che Orlando dedica, nello stesso torno di anni, ai problemi della giustizia amministrativa e nelle quali gli indirizzi ricostruttivi già emersi nelle *Guarentigie* e nei *Principii* ottengono una sostanziale conferma, mentre le questioni esegetiche connesse all'interpretazione della legge istitutiva della IV sezione trovano una definitiva sistemazione, soluzioni più tranquillanti all'interno della cornice generale degli strumenti di tutela concessi dall'ordinamento nei confronti del potere amministrativo.

Si ricomponе — lo abbiamo già sottolineato — la polemica con Scialoja dell'inizio degli anni '90, nel quadro di una critica alla giurisprudenza della Cassazione e sull'onda di una ripresa dei motivi originari che avevano ispirato la riforma del 1889⁽³²⁾: riscoprendo la natura amministrativa della IV sezione, Orlando ha la possibilità di riconfermare la centralità della distinzione tra diritto e interesse, tra giurisdizione e giustizia amministrativa, di riaffermare la natura soggettiva del giudizio della prima, la natura oggettiva del giudizio della seconda.

L'utilizzo dello schema del *petitum* per la soluzione del problema del riparto rappresenta l'espedito interpretativo per ricomporre il conflitto tra Consiglio di Stato e giudice ordinario, per dare una risposta concreta alla difficile esegesi della clausola generale dell'articolo 24 del T.U., per assicurare al sistema quella semplicità compromessa dall'accavallarsi di formulazioni legislative non coerenti e contraddittorie, in attesa di quella riforma, che Orlando crede di intravedere nel disegno di legge Di Rudini-Saredo⁽³³⁾,

⁽³²⁾ Cfr. *retro* nota 51 cap. 2°/2^a pt..

⁽³³⁾ Cfr. *retro* nota 56 cap. 2°/2^a pt., mentre in generale sull'opportunità di un sistema di *Doppelrechtsweg* nelle ipotesi di « difficile indivi-

capace di garantire all'ordinamento italiano di giustizia amministrativa una completa e lineare operatività.

La maggiore complessità dell'approccio interpretativo, la più articolata ricostruzione della competenza di legittimità della IV sezione si realizzano quindi sulla base di un'integrale ripresa dei modelli già fissati nelle opere precedenti.

Sul piano concreto della costruzione degli istituti ne deriva una conseguenza particolarmente significativa: il rifiuto orlandiano, espresso nel *Trattato* in modo ancor più radicale che nella voce del *Digesto*, di utilizzare la nozione di interesse legittimo, coniata da Ranelletti, per sintetizzare la competenza della IV sezione.

Si delinea tutto un sistema alternativo a quello del giurista abruzzese e che, costruito sulla base della natura amministrativa della IV sezione, approda alla scelta del criterio processuale per la determinazione del riparto, alla distinzione tra effetti civili ed effetti amministrativi come parametro per separare la competenza del giudice ordinario da quella del giudice amministrativo⁽³⁴⁾.

La strada che porta ad approfondire il problema della natura della situazione giuridica tutelata dalla IV sezione è strada inutile, affidata ad elementi sottili ed imponderabili: se la giustizia amministrativa rappresenta una funzione autonoma all'interno della pubblica amministrazione con lo scopo di riparare i torti da essa commessi in nome di « un interesse puramente interno e di ordine pubblico, l'interesse che gli atti dell'autorità siano legali, giusti, convenienti »⁽³⁵⁾, l'« interesse » previsto dalla formula dell'articolo 24 deve assimilarsi ad una condizione procedimentale per l'ammissibilità del ricorso, la *ratio* determinante l'esercizio di questa competenza non può che consistere nell'esigenza di reprimere una violazione di legge, come del resto dallo « spirito » della riforma del 1889 non può che dedursi la prevalenza dell'elemento obiettivo⁽³⁶⁾.

Si hanno così conclusioni che si spiegano proprio per la persistenza dei modelli che avevano ispirato la riforma del 1889: per

duazione del giudice competente » si vedano le osservazioni di NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., p. 763.

⁽³⁴⁾ ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 784 e ss..

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, p. 661.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 730.

Orlando non è possibile, né a livello teorico né a livello esegetico ipotizzare soluzioni intermedie tra il diritto e l'interesse; il sistema ha una sua razionalità e questa razionalità è la stessa che ha ispirato il legislatore dell'unificazione. La legge istitutiva della IV sezione non ha fatto che completare un ordinamento di tutela che ha il suo centro nel giudice ordinario e nel concetto di diritto soggettivo.

La libertà del cittadino è già tutelata dalla legge del 1865, il diritto soggettivo ha un'estensione tendenzialmente generale e così, quando la violazione di legge concerne un interesse giuridicamente protetto, non è possibile porre in discussione la competenza del giudice ordinario. Pesa, è vero, la tendenza autoritaria e quindi l'indirizzo interpretativo restrittivo che la magistratura ordinaria ha dato di quella « grande affermazione di libertà civile » che è stata la legge abolitiva del contenzioso amministrativo »⁽³⁷⁾, ma l'approdo al criterio del *petitum* e ad un sistema di doppia tutela rappresenta in definitiva una scelta obbligata se non si vuole che la legge del 1889 richiami « più che mai l'immagine di una montagna che (ha) partorito un topo »⁽³⁸⁾.

L'impossibilità del diritto amministrativo di tradursi completamente in un complesso di diritti soggettivi spiega la necessità di un controllo che vada al di là della tutela dell'interesse privato, che investa la legalità e la giustizia dell'esercizio della libertà amministrativa, ma non occorre approdare a nuovi modelli amministrativi: libertà dell'individuo e libertà dell'amministrazione rappresentano ancora i cardini sui quali va costruito il rapporto giuridico tra Stato e cittadino, l'equilibrio tra potere pubblico ed interessi privati.

Non muta in particolare il fondamento della discrezionalità, la *ratio* di questa libertà dell'amministrazione: è vero che nelle

(37) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 635-7; Id., *Contenzioso amministrativo*, cit., p. 886.

(38) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 787: « il riconoscere una categoria di interessi legittimi distinti dai diritti subiettivi sarà possibile, pur non senza difficoltà, nel campo teorico; ma avrà nella pratica un riscontro ben poco frequente. Da un lato dunque si restringerebbe enormemente la portata effettiva di questa competenza e la riforma del 1889 richiamerebbe più che mai l'immagine di una montagna che avesse partorito un topo ». Cfr. anche *retro* nota 58 cap. 1°/2° pt..

pagine orlandiane non è possibile rintracciarne una specifica trattazione, che il giurista siciliano non avverte quanto il problema di un'attività solo relativamente predeterminata dalla norma legislativa avrebbe potuto alterare l'intima razionalità del modello teorico di « Stato giuridico » che contemporaneamente egli cercava di costruire.

La discrezionalità non è ancora studiata « sotto il profilo della struttura dei fatti propri dell'amministrazione »⁽³⁹⁾, non si avverte in particolare la necessità, così presente invece alla scuola austriaca, di ricondurre il *freies Ermessen* all'esecuzione di legge, di risolvere completamente l'amministrazione nelle maglie di una « formaljuristische Konstruktion »⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 67-8.

⁽⁴⁰⁾ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Tübingen, 1911 (citiamo dalla ristampa anastatica della 2ª edizione, Tübingen, 1923, Aalen, 1960), p. 497 e pp. 504 e ss.. Com'è noto (M. G. LOSANO, *Saggio introduttivo a Kelsen, Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. ital. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. XXVI e ss.) negli *Hauptprobleme* domina ancora una concezione « statica » dell'ordinamento ed il problema della discrezionalità nell'organo che applica il diritto è ricondotto al rapporto tra il concetto astratto e la rappresentazione concreta (p. 506: « das freie Ermessen der Staatsorgane ist nichts anderes als die notwendige Differenz zwischen dem Inhalte des abstrakten Staatswillens in der Rechtsordnung und der konkreten Staatshandlung in der Verwaltung, der Exekutive »). Con la *Stufentheorie* la difficoltà di un potere che produce elementi non contenuti nella norma giuridica generale è risolta in una costruzione « dinamica » dell'ordinamento che riconduce l'attività del giudice e dell'amministratore alla creazione di norme giuridiche individuali.

Sin dal dibattito che oppose E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien, 1886 (rist. anast. Aalen, 1964, pp. 36 e ss.) e F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden (als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte)*, Wien, 1888, nato dall'« esigenza di procedere ad una riduzione dell'attività amministrativa entro gli schemi concettuali dell'attività giurisdizionale » (PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 70), la discrezionalità non è stata considerata in Austria un requisito tipico dell'attività amministrativa: particolarmente significativo A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, pp. 140 e ss., che considera la discrezionalità semplicemente una caratteristica dell'esecuzione del diritto oggettivo.

La discrezionalità conserva una posizione residuale nell'ordinamento, svolge una funzione negativa, pur indubbiamente rilevante se incide sui poteri di cognizione del giudice ordinario e sull'estensione della sua competenza, rappresenta un concetto giuridico ancora non completamente formalizzato, confuso ora nella generica sfera di amministrazione pura ora nei profili di opportunità e convenienza dell'attività amministrativa, esprime la duplicità del principio di divisione dei poteri, l'insanabile conflitto tra la supremazia della legge e l'autonomia del potere amministrativo.

La reciproca esclusione di potere discrezionale e diritto soggettivo fa della discrezionalità un elemento di forte tensione dell'ordinamento, un punto in cui si scaricano esigenze ed interessi contrastanti, in cui la tendenza espansiva del diritto soggettivo si arresta di fronte alle necessità del potere, ma anche un momento di equilibrio, un confine che pur nella sua mobilità assicura la concomitante espressione della libertà del cittadino e della libertà dell'amministrazione: non esiste prevaricazione del potere nei confronti del diritto soggettivo, il provvedimento amministrativo non gode né di « efficacia degradante » né di « imperatività »; esiste soltanto un conflitto, non sempre di facile composizione, tra la centralità del diritto soggettivo e l'esistenza di sfere di libertà che l'ordinamento concede all'amministrazione.

Quello che è certo è che l'amministrazione non è portatrice di interessi e di fini propri, la sua attività non è l'espressione di una volontà autonoma dal dettato normativo: sotto l'approccio formalistico ai fatti dell'amministrazione, sotto l'adesione « politica » alle istituzioni dello Stato unitario — ma per Orlando non poteva essere diversamente — opera l'aspirazione concreta a fare del diritto lo strumento principale per assicurare alle forme di espressione del potere la massima trasparenza e controllabilità ⁽⁴¹⁾.

(41) Parafrasiamo un giudizio di D. ZOLO, *Lettura* di H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, trad. e introd. di R. Racinaro, Bari, 1978, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VIII (1979), p. 388, riferito a Kelsen e che applichiamo qui ad Orlando non per rintracciare nel giurista siciliano le linee apertamente democratiche del pensiero kelseniano, ma per sottolineare la presenza in questi scritti di fine secolo di una scelta, anche di valore garantista, per un modello capace d'imbrigliare nel diritto le forme di manifestazione del potere.

Il conflitto tra Stato e diritto, tra la sovranità ed i suoi limiti non riesce a trovare sul piano dell'*Allgemeine Staatslehre* una plausibile composizione: abbandonate le premesse contrattualiste e giusnaturaliste per una lettura dei processi del diritto pubblico che vuole essere rigorosamente giuridica, Orlando non giunge tuttavia ad identificare nella « Staatsperson nur ein Produkt der Rechtsordnung », a risolvere esclusivamente nel giuridico la sovranità⁽⁴²⁾, ed immedesimato lo Stato con la persona giuridica arriva ad attribuirgli una volontà e dei fini.

Se a livello del diritto pubblico generale la quadratura del cerchio è quindi difficile ed il rifiuto di una possibile origine contrattualista dello Stato deve poi fare i conti con la necessità d'individuare un fondamento a cui ancorare un limite all'esercizio della sovranità — l'autolimito di Georg Jellinek ne rappresenta forse la soluzione al tempo stesso più brillante e più nominalistica — il conflitto non si traduce, almeno in Orlando, sul piano delle relazioni tra i poteri dello Stato, in un analogo conflitto tra amministrazione e diritto.

Per quanto labile possa essere il principio che lo Stato deve uniformarsi al precetto giuridico perché in questo modo « esso non fa che prestare omaggio alla ragione medesima della sua esistenza »⁽⁴³⁾, nel campo delle relazioni tra amministrazione e cittadino, il primato del diritto, affermato faticosamente in sede di teoria generale, si converte in un più concreto primato della legislazione e nella parallela predisposizione di una difesa giurisdizionale: l'originario, illimitato « diritto di sovranità » dello Stato incontra nel *Rechtsstaat* quelle norme che lo « circondano di limiti e di garanzie »⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 511. Sul-l'inversione kelseniana della teoria tradizionale per la quale « in principio c'è la sovranità che è la *summa potestas*, il potere superiore a tutti gli altri e da cui tutti gli altri discendono », cfr. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in *Riv. internaz. filosofia diritto*, LVIII (1981), 4, p. 562. Nota la critica a queste affermazioni kelseniane di SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, München und Leipzig, 1922 (2^a ed. 1934), trad. ital., *Le categorie del « politico »*, cit., pp. 45-6.

⁽⁴³⁾ ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 38.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 40. Cfr. anche BERTI, *Il « rapporto amministrativo » nella costruzione giuridica dello Stato*, cit., pp. 56-8: la suddivisione della

Una valutazione ancora ottimistica sulla possibilità di salvare la sacralità delle istituzioni dalle tensioni e dai conflitti che laceravano il tessuto sociale ed una completa adesione ai valori del modello « liberale » dello Stato, avevano portato Orlando a rinnovare alla forma di governo parlamentare la fiducia già espressa nel corso dei dibattiti degli anni '80, a riproporre la validità di un rapporto amministrativo in cui i diritti soggettivi dei cittadini e le esigenze di autonomia della pubblica amministrazione potevano ancora trovare una difficile, forse anche contraddittoria, conciliazione.

2. *Discrezionalità amministrativa e funzione giurisdizionale nel sistema di Lodovico Mortara.*

Un importante tentativo di aggiornamento degli elementi concettuali relativi alle problematiche della giustizia amministrativa va ascritto, in questo scorcio di fine secolo, all'opera di un giurista dalla personalità particolarmente complessa e dai molteplici interessi scientifici e professionali, a Lodovico Mortara⁽⁴⁵⁾.

capacità d'agire tra i tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario « nell'ambito dell'unità dello Stato, è effettuata in modo che a livello di esercizio di potere lo Stato appaia sottomesso al suo diritto nel momento stesso in cui esso lo produce ».

(45) Lodovico Mortara (Mantova 1855-Roma 1936) professore di diritto costituzionale e di procedura civile nelle Università di Pisa e Napoli, entrato in magistratura, raggiunse il grado di avvocato generale, procuratore generale, Primo presidente della Corte di Cassazione. Senatore dal 1900, ministro di grazia e giustizia nel primo Gabinetto Nitti, fu quindi ministro di Stato. A riposo dal 1923 per l'opposizione al fascismo, diresse la *Giurisprudenza italiana* dal 1891 sino alla morte. Per queste notizie biografiche cfr. la voce *Lodovico Mortara*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, Milano, 1964, pp. 923-4.

Significative le commemorazioni di P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. civ.*, XXIX (1937), pp. 464-7; di G. CHIOVENDA, *Lodovico Mortara*, in *Rivista di diritto processuale civile*, XIV (1937), pt. 1^a, pp. 100-102; di F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, in *Riv. dir. proc.*, II (1947), pt. 1^a, pp. 233-247; di S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Id.*, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 459-477.

Grande figura di transizione tra la scuola esegetica della « procedura civile », che aveva nel *Trattato* di Luigi Mattiolo⁽⁴⁶⁾ l'espressione più significativa, e la scuola sistematica del « diritto processuale civile » la cui fondazione si data tradizionalmente dalla prolusione bolognese del 1903 di Giuseppe Chiovenda⁽⁴⁷⁾, importante anello di congiunzione⁽⁴⁸⁾ tra quella fase della storia della scienza processualistica italiana dominata dai modelli legislativi e dalle metodologie scientifiche di origine francese e quella a noi più vicina ispirata alle nuove esperienze processuali austriache e tedesche, Lodovico Mortara poteva tuttavia vantare anche una costante attenzione alle vicende del diritto amministrativo, una diretta e sottile conoscenza delle questioni poste dal delicato problema del riparto di competenze.

Le ampie trattazioni della giustizia amministrativa che compaiono nel primo volume del *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, i cui fascicoli possono dirsi completati già dal 1899, rappresentavano infatti la sintesi e lo sviluppo di notazioni, appunti, considerazioni, che Mortara aveva via via svolto sulle

(46) L. MATTIROLI, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, voll. 6, Torino, 1875-1880 (con le edizioni successive l'opera assume il titolo: *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*) sulla cui figura basti qui rinviare a F. B. GABRIELI, *Luigi Mattiolo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, Milano, 1964, pp. 470-1; SATTA, *Diritto processuale civile*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 1103.

(47) CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (Prolusione letta nell'Università di Bologna il 3 febbraio 1903), Bologna, 1903. Sulla nascita della scuola sistematica del « diritto processuale civile » a partire da questa prolusione chiovendiana, cfr. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 1102. Sul rilievo che la teoria dell'azione ha nel sistema di Chiovenda cfr. G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III (1973), I, pp. 720 e ss.. Si vedano anche LIEBMAN, *Storiografia giuridica « manipolata »*, in *Riv. dir. proc.*, XXIX (1974), pp. 100 e ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, pp. 183 e ss.; ed ancora TARELLO, *Giuseppe Chiovenda*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 25, Roma, 1981, pp. 33-36.

(48) CHIOVENDA, *Lodovico Mortara*, cit., p. 101: « Mortara affrontò la grande trattazione sistematica, rimescolò con le sue personali concezioni, il pensiero stagnante, debellò a colpi di scure il facilume imperante ». Senza la sua « opera possente, demolitrice e ricostruttrice noi che siamo venuti dopo nulla avremmo potuto fare per il progresso della nostra disciplina ».

colonne della *Giurisprudenza italiana* attraverso un commento continuo e puntuale alle principali pronunzie che le Sezioni unite della Corte di Cassazione romana avevano emanato in tema di riparto di competenze dall'indomani della legge istitutiva della IV sezione⁽⁴⁹⁾.

Molte soluzioni interpretative e molte ipotesi ricostruttive, che poi verranno a comporre il quadro generale dei rapporti tra giudice ordinario e amministrativo disegnato nelle pagine del *Commentario*, avevano fatto la loro comparsa proprio attraverso questa attenta illustrazione critica delle sentenze della Corte romana: l'adesione alla tesi del *petitum*, la proposta di istituire un « Tribunale supremo dei conflitti d'attribuzione » a cui affidare le competenze assegnate dalla legge del 1877 alla Cassazione, la soluzione data al problema della proponibilità delle azioni possessorie contro la pubblica amministrazione, l'affermazione della natura giurisdizionale della IV sezione, la definizione della competenza di merito⁽⁵⁰⁾, rappresen-

(49) Proprio questa continua ed analitica conoscenza della giurisprudenza porterà Mortara diversi anni più tardi a rivedere le considerazioni sviluppate nel *Commentario* e ritenute, di fronte all'imperante recezione dei nuovi modelli amministrativi effettuata dagli organi giurisdizionali, « non più interamente adeguate ai moniti dell'esperienza e alle vicende della legislazione » (MORTARA, *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXII (1930), p. 389).

Come vedremo, questo articolo registrerà la centralità ormai conquistata dal giudice amministrativo nell'ordinamento della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

(50) Si cfr. rispettivamente MORTARA, *Sui rapporti fra la giurisdizione civile ordinaria e quella amministrativa*, in *Giurispr. it.*, XLIX (1897), I, 1, 744, per l'adesione al criterio del *petitum*; Id., *Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramenti e trasformazioni di opere pie*, in *ibid.*, I, 1, 1034, per la proposta di un « Tribunale misto » cui affidare la risoluzione dei conflitti di attribuzione (a questo proposito cfr. anche Id., *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, XL (1899), pp. 241-7); Id., *Rapporti fra la giurisdizione ordinaria e la governativa in materia di denuncia di nuova opera*, in *Giurispr. it.*, XLX (1898), I, 1, 554, per l'affermazione del principio che « anche contro gli atti delle pubbliche amministrazioni compresi per loro natura nell'orbita delle facoltà discrezionali l'azione possessoria può essere proposta quando l'organo che li ha eseguiti mancava di legittimo potere per eseguirli » (p. 560); Id., *Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella della Giunta provinciale amministrativa a proposito*

tavano conclusioni già raggiunte in questa opera paziente di attenta esegesi, in un periodo giurisprudenziale caratterizzato da una forte tensione istituzionale tra giudice ordinario e nuovo giudice amministrativo ⁽⁵¹⁾.

Il contributo offerto con le pagine del *Commentario*, pur provenendo da uno studioso che non potremmo propriamente definire un amministrativista, non rappresentava quindi un estempo-

di sospensione e licenziamento d'impiegati, in *ibid.*, I, 1, 1018, per l'affermazione che anche nella giurisdizione di merito si conoscono « diritti perfettissimi ». (per questa peculiare impostazione che individua nella competenza di merito una « giurisdizione propria » sostitutiva di quella del giudice ordinario, cfr. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 607).

⁽⁵¹⁾ Tensione che — com'è noto — si trasformò in scontro aperto tra l'avvocato generale della Corte di Cassazione Oronzo Quarta ed il Presidente della IV sezione del Consiglio di Stato Giuseppe Saredo dopo la pubblicazione della sentenza Cass. Roma 24 giugno 1897, Sez. Un., in *Giurispr. it.*, XLIX (1897), I, 1, 744, nota col nome di « caso Trezza » (si tratta della sentenza in margine alla quale Mortara redasse la nota sopracitata *Sui rapporti fra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa*, nella quale sostenne contro la Corte la tesi del *petitum*).

La sentenza, sancendo l'esclusiva competenza del giudice ordinario anche sulla legittimità degli atti amministrativi a cui accedevano atti giuridici privati, rappresentava il punto di arrivo di quella giurisprudenza che la Corte di Cassazione aveva sistematicamente costruito, dall'indomani della legge del 1889 (*retro* pp. 223-4), nel tentativo di affermare un assoluto primato istituzionale sulle funzioni della IV sezione.

Di fronte alle prospettive di un coordinamento più elastico e più garantistico delle funzioni dei due giudici, garantito dalla tesi del *petitum*, (la ricostruzione di Mortara — come vedremo — è particolarmente significativa) la Corte riaffermava la centralità della *causa petendi* esasperandone il rilievo in funzione di un preminente interesse di prestigio istituzionale.

A questo grave stato di tensione e all'evidente incertezza giurisprudenziale esistente in tema di riparto, cercò, inutilmente, di porre rimedio il progetto Di Rudinì-Saredo, che — come sappiamo (*retro* nota 56 cap. 2°/2^a pt.) — introduceva il criterio del *petitum*.

Le note di Saredo furono pubblicate in *La Legge*, XXXVII (1897), II, pp. 73 e ss. e pp. 642 e ss.; le note di Quarta in *Corte Supr. Roma*, XXII (1897), I, pp. 129 e ss. e pp. 225 e ss.; sulla vicenda, su cui già la ricostruzione analitica di SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 693 e ss., cfr. ora D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, cit., pp. 127 e ss.; CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 65 e ss..

raeano intervento al di fuori dei confini della propria disciplina giuridica, la procedura civile o il diritto processuale che dir si voglia, ma un meditato tentativo di risolvere i problemi tecnici della giustizia amministrativa nel quadro di una teoria generale della funzione giurisdizionale.

Non si trattava più soltanto di dare una risposta al vecchio quesito sulla posizione costituzionale della IV sezione, ma di inserire il processo riformatore, culminato nelle riforme crispine, in un nuovo equilibrio generale tra i poteri e le funzioni dello Stato, tra giurisdizione e amministrazione.

Il processo che aveva condotto all'istituzione della IV sezione e all'integrazione del sistema di giurisdizione unica non rappresentava del resto un fenomeno esclusivo dello Stato unitario e anzi, pur nella profonda diversità dei vari ordinamenti istituzionali e delle singole vicende nazionali, ben poteva dirsi un fenomeno europeo ⁽⁵²⁾.

Poteva quindi esser giunto il momento di offrire di questo processo una lettura che, superata la fase della ricostruzione storico filologica degli itinerari legislativi, investisse le trasformazioni stesse che il modello di Stato moderno stava attraversando, che desse conto dei nuovi rapporti che si stavano delineando tra cittadino e potere amministrativo.

Al di là delle soluzioni offerte ai singoli problemi interpretativi e che troveranno significative conferme anche nell'attività del Mortara magistrato della Suprema Corte ⁽⁵³⁾, presto tuttavia radicalmente superate da un'evoluzione in senso contrario alle sue posizioni di giurisprudenza e scienza giuridica, assume una particolare importanza il tentativo compiuto dal giurista mantovano di fornire una nuova formalizzazione del rapporto amministrativo, una più aggiornata concettualizzazione della mai rinnegata libertà degli apparati amministrativi.

⁽⁵²⁾ Cfr. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., pp. 729 e ss.

⁽⁵³⁾ Sul Mortara procuratore generale prima e poi presidente della Corte di Cassazione romana e sulla comparsa nella giurisprudenza della Corte del criterio del *petitum* con la sentenza delle Sez. Un. 24 marzo 1916, cfr. CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 78 e ss. ed *infra* nota 8 cap. 4^o/3^a pt..

Emerge così un quadro in cui la linearità dello Stato liberale non solo viene confermata, ma esprime nuove potenzialità, acquista la capacità di approdare a rapporti sempre meno conflittuali tra istituzioni e cittadino, dimostra un' indefinita possibilità di adeguarsi alle trasformazioni in atto, di dominare le crescenti tensioni tra governo e governati.

Per Mortara infatti è ancora possibile leggere nei processi istituzionali e sociali in corso una tendenza sempre più evidente all'affermazione dello « Stato libero », di un modello di organizzazione politica caratterizzato dalla moltiplicazione dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini e dalla parallela diminuzione delle facoltà discrezionali degli organi e degli apparati dello Stato⁽⁵⁴⁾: prevale cioè una visione ottimistica sul futuro dello Stato liberale, sulla possibilità di realizzare un sempre più equilibrato rapporto amministrativo, una sempre maggiore capacità dell'individuo di incidere, attraverso un'estesa giuridicizzazione, sui processi decisionali del potere amministrativo.

Tra la forma di governo parlamentare e l'ordinamento della tutela del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa si recupera un'intima connessione; il modello dello « Stato libero » esce dalle asettiche formalizzazioni giuridiche e si cala nella realtà del momento politico, diventa un disegno istituzionale la cui integrità va strenuamente preservata contro i tentativi di riportare lo Stato verso antiquati modelli di « dispotismo illuminato »⁽⁵⁵⁾.

La lucidissima critica lanciata dalle colonne de *La riforma sociale* contro il progetto sonniniiano non rappresenta quindi soltanto una difesa della costituzione materiale che ha segnato l'applicazione dello Statuto dal 1848 in poi, il ricostituito primato della libertà politica, una significativa presa di posizione nella « crisi

⁽⁵⁴⁾ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, cit., p. 22: « il fatto innegabile e manifesto è questo: che il conferimento di pubblici diritti subbiettivi ai cittadini, conseguenza logica della stessa costituzione dello Stato libero, determina una tendenza alla diminuzione della discrezionalità; laonde questa tanto più si restringe quanto più aumentano, con la somma dei pubblici diritti subbiettivi conferiti ai singoli, le guarentigie dell'ordine giuridico pubblico ».

⁽⁵⁵⁾ MORTARA, *Statuto, corona e parlamento*, in *La riforma sociale. Rassegna di scienze sociali e politiche*, IV (1897), p. 183.

di fine secolo », ma anche la puntuale riaffermazione che i tentativi d'involuzione autoritaria del sistema erano inconciliabili con la stessa « costituzione di quelle serie guarentigie di *legalità* della funzione governativa che degli Stati liberi sono diventati bisogno imprescindibile » ⁽⁵⁶⁾.

Funzione dell'amministrazione, ruolo degli apparati da una parte, libertà politica e sistema parlamentare dall'altra, si confermano elementi fortemente interdipendenti: il disegno di Mortara ripropone la razionalità del modello tradizionale, rifiuta ogni tentativo di alterare gli equilibri consolidati, offre una lettura dei fatti amministrativi sensibilmente influenzata dalla riconosciuta positività ed insostituibilità dell'ordinamento rappresentativo.

E proprio la vicenda della giustizia amministrativa si conferma così per il giurista mantovano il fenomeno più significativo del progressivo affermarsi dello « Stato libero »: in un periodo in cui anche da parte degli stessi giuristi — come vedremo — s'invocava un nuovo assetto costituzionale basato su un ben più saldo primato degli apparati amministrativi, Mortara riconduce l'introduzione degli istituti di giustizia amministrativa al modello parlamentare, al governo di gabinetto e, sottovalutando il fatto che la battaglia per la giustizia nell'amministrazione era stata combattuta negli anni '80 all'insegna di una rinnovata centralità dell'esecutivo e delle strutture del potere nella dinamica istituzionale, interpreta questi istituti come un'effettiva estensione delle capacità giuridiche dei cittadini, inserendoli nel quadro di un ampliamento dei diritti pubblici soggettivi la cui garanzia e sanzione non poteva che rappresentare il necessario « adattamento » della funzione giurisdizionale ai « bisogni nuovi dell'evolventesi attività politico sociale » ⁽⁵⁷⁾.

La libertà dell'amministrazione si è convertita in discrezionalità e parallelamente il cittadino ha ormai acquisito il « diritto di pretendere che il potere discrezionale sia esercitato ' con legitti-

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, p. 183. Su questo intervento di Mortara che recava la data del 28 gennaio 1897 e che si collocava quindi a poche settimane di distanza dal sonniniiano *Torniamo allo Statuto*, delle cui prospettive rappresentava una secca smentita, si vedano le osservazioni di GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Bari, 1977 (1^a ed. 1974), vol. 2^o, p. 249.

⁽⁵⁷⁾ MORTARA, *Commentario*, vol. I, cit., p. 29.

mità' »⁽⁵⁸⁾: questo costituisce per Mortara il significato più rilevante dell'evoluzione degli strumenti di tutela del cittadino nei confronti del potere amministrativo, in Italia, dove il giudizio della IV sezione è venuto ad integrare il sindacato del giudice ordinario, come in Francia dove accanto al contenzioso di piena giurisdizione ha progressivamente assunto crescente importanza il contenzioso di annullamento.

L'eco delle pagine di Edouard Laferrière, di cui proprio in quegli anni si pubblicava la seconda edizione del *Traité de la juridiction administrative*, si fa sensibile, si utilizzano anche come chiave di lettura delle vicende italiane le categorie del giurista francese, in particolare la famosa suddivisione delle attribuzioni del contenzioso⁽⁵⁹⁾, ma indubbiamente si approda ad un costrutto di altro valore sistematico.

L'elaborata ricostruzione di Laferrière dell'evoluzione del ricorso per eccesso di potere nell'ordinamento francese, la progressiva estensione delle condizioni di proponibilità del ricorso stesso, lo scioglimento del requisito del « droit acquis » nel più ampio concetto di « intérêt direct et personnel »⁽⁶⁰⁾, rappresentavano per Mortara qualcosa di più di una semplice vicenda giurisprudenziale.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 50.

⁽⁵⁹⁾ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, pp. 15-21: proprio sulla base dell'autorità del giurista francese Mortara (*Commentario*, vol. I, cit., pp. 52 e ss.) sviluppava l'idea secondo la quale la legge del 1889 avrebbe assicurato all'ordinamento italiano un'evoluzione per più aspetti paragonabile a quella di oltralpe, caratterizzata dalla progressiva formazione di un « contenzioso di annullamento » accanto al « contenzioso di piena giurisdizione » (quest'ultimo attribuito però in Italia dalla legge del 1865 al giudice ordinario — *Commentario*, vol. I, cit., p. 44) Per indicazioni più precise sull'esperienza francese rinviamo alle citazioni fornite alla nota 83 cap. 1°/1^a pt., mentre per l'attenzione che la giuspubblicistica italiana del tempo dimostrò per l'opera di Laferrière cfr. anche C. SCHANZER, *La giurisdizione amministrativa in Francia e in Italia (A proposito della seconda edizione di E. Laferrière, De la juridiction administrative et des recours contentieux)*, in *Giust. amm.*, VII (1896), pt. IV, pp. 49 e ss.

⁽⁶⁰⁾ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, cit. vol. 2°, pp. 394 e ss. e p. 436. Sul progressivo ampliamento delle situazioni soggettive legittimanti il ricorso per eccesso di potere, cfr. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, cit., pp. 255 e ss.

ziale⁽⁶¹⁾: in Francia come in Italia si è formato un nuovo rapporto tra libertà dell'individuo e libertà dell'amministrazione, il cittadino ha acquisito la titolarità di un nuovo diritto pubblico soggettivo, il diritto alla legittimità degli atti amministrativi e la giustiziabilità di questo diritto, pur se affidata ad organi speciali, non può costituire che un'evoluzione dei compiti attribuiti alla funzione giurisdizionale.

Si fa strada quindi una nuova formalizzazione del rapporto amministrativo, non immediatamente determinata dalla necessità di risolvere i problemi esegetici posti dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, che vuole tradurre in termini giuridici una lettura più generale dei processi istituzionali in corso, ma nella quale convergono accanto ad evidenti innovazioni concettuali sostanziosi elementi di continuità con gli equilibri fissati tra libertà e autorità al momento dell'unificazione.

Libertà del cittadino e libertà dell'amministrazione approdano ad una mediazione più raffinata, dal punto di vista dogmatico, rispetto alla tradizionale distinzione tra diritto e interesse, una mediazione ormai capace di risolvere il problema del potere discrezionale attraverso la concessione di nuove posizioni di vantaggio riconosciute al singolo dall'ordinamento e attraverso un parallelo potenziamento delle strutture e delle funzioni dell'autorità giudiziaria.

L'inserimento della giustizia amministrativa nella tematica della funzione giurisdizionale comporta infatti il rifiuto di formulazioni — si pensi al concetto di « amministrazione contenziosa »⁽⁶²⁾ — ancora ampiamente utilizzate, per esempio, da Vittorio Emanuele Orlando, ed indicative della prudenza con la quale, anche a livello teorico, si affermava l'esigenza di una tutela giuridica nella sfera di libertà amministrativa, significative dei patteggiamenti e dei compromessi concettuali a cui andava incontro una giustizia predisposta essenzialmente per la stessa amministrazione.

⁽⁶¹⁾ MORTARA, *Commentario*, vol. I, cit., pp. 51-52.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, p. 31, la critica di Mortara (« quando si dice ' amministrazione contenziosa ' si accozzano due parole non suscettibili di combinazione ») che ribadisce la funzione eminentemente giurisdizionale esercitata dagli organi di giustizia amministrativa.

E l'aggiornamento teorico passa attraverso una nuova elaborazione della definizione generale di giurisdizione che individua il momento centrale della funzione nella garanzia di attuazione del diritto obiettivo e che confina la tutela del diritto soggettivo, pur ancora indubbiamente rilevante, ad un momento secondario e strettamente funzionale alla difesa del diritto obiettivo⁽⁶³⁾.

Era così possibile risolvere nella funzione giurisdizionale un'attività di controllo finalizzata all'annullamento degli atti illegittimi e di cui era evidente il carattere di revisione compiuta dalla stessa amministrazione intorno alla giuridicità del proprio operato, ed al tempo stesso racchiudere nel concetto di diritto pubblico soggettivo il potere del cittadino di azionare il controllo, ricondurre ad una posizione di vantaggio individuale la pretesa ad un'amministrazione secondo la legge⁽⁶⁴⁾.

Si delineava così una « geometria perfetta »⁽⁶⁵⁾, un disegno giuridico capace di superare il conflitto tra Stato e cittadino, tra

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, p. 17: « la funzione giurisdizionale costituisce quella difesa del diritto obiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi ». Sull'importanza di questa definizione per gli sviluppi della stessa scuola processuale ispirata a Chiovenda e più in generale per una visione più complessa e meno antagonistica dei rapporti tra « esegesi » e « sistema » cfr. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 1104.

⁽⁶⁴⁾ Il conflitto tra l'esclusiva oggettività della tutela e le posizioni di vantaggio del cittadino verrà radicalmente eliminato da Chiovenda che, distinto il diritto soggettivo dall'azione (*L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 35 e pp. 90 e ss.), individuerà nel ricorso alla competenza di legittimità del Consiglio di Stato semplicemente l'esercizio di una « pura azione »: « questo è tutto l'elemento *soggettivo* che si riscontra nella giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato; in sé essa è giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno » (CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 (3^a ed. - 1^a ed. Napoli, 1906), pp. 357-8).

Mortara, pur avendo ricondotto la giurisdizione nel quadro dell'esercizio delle funzioni della sovranità (CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, cit., p. 466), non abdica completamente alla centralità del diritto soggettivo e propone pertanto una soluzione forse più contraddittoria, ma che vuole esplicitamente ricondurre il processo di progressiva giuridicizzazione delle forme di espressione del potere ad un parallelo sviluppo delle posizioni di vantaggio dei cittadini.

⁽⁶⁵⁾ BERTI, *Il « rapporto amministrativo » nella costruzione giuri-*

sovranità e libertà, attraverso un apparente potenziamento delle capacità giuridiche dell'individuo, ma in realtà attraverso la ricerca di una maggiore « oggettività » nell'esercizio delle facoltà amministrative, di una più estesa imparzialità nelle forme di espressione della libertà del potere ⁽⁶⁶⁾.

Sotto i nuovi travestimenti dogmatici la vecchia tesi della giurisdizione oggettiva conserva allora la durezza di principio portante del sistema, rappresenta un sostanzioso elemento di continuità con le concettualizzazioni spaventine e orlandiane ⁽⁶⁷⁾.

Spostato formalmente l'accento sul cittadino, sul diritto pubblico soggettivo, la *ratio* della tutela doveva essere individuata ancora nel concetto di legittimità; alla capacità ed anche ai limiti garantisti di una verifica oggettiva dell'esercizio del potere doveva essere affidata la possibilità di ricondurre la discrezionalità amministrativa nella linearità del modello di « Stato giuridico ».

Il contemperamento del conflitto tra autorità e libertà che nel 1865 era stato espresso nella distinzione tra diritto e interesse, tra

dica dello Stato, cit., p. 56, che riferisce l'espressione al generale processo ottocentesco di costruzione del modello giuridico dello Stato liberale.

⁽⁶⁶⁾ MORTARA, *Commentario*, vol. I, cit., p. 343: con gli istituti di giustizia amministrativa « trova soluzione adeguata l'arduo e delicato problema della conciliazione fra la necessaria libertà discrezionale di un gran numero di atti della funzione governativa e la garanzia parimente necessaria del controllo giurisdizionale sopra i medesimi, in quanto nello stato moderno, essi sono manifestazioni di una attività contenuta e disciplinata da norme giuridiche. Il nuovo diritto subbiiettivo riconosciuto ai soggetti giuridici (individui e corpi morali) mercè l'istituzione della giustizia amministrativa, è il diritto in genere alla « legittimità » degli atti della funzione governativa ».

⁽⁶⁷⁾ Sotto le nuove elaborazioni dogmatiche riemergono i caratteri specifici dell'evoluzione del sistema italiano di tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, che proprio nel discorso inaugurale di Silvio Spaventa (*retro* pp. 203 e ss.) avevano conosciuto la prima formalizzazione. L'inserimento degli istituti di giustizia amministrativa nell'ambito della funzione giurisdizionale non mette in dubbio i modelli progettuali e le realtà istituzionali che avevano scandito la progressiva sottomissione al diritto della sfera dell'« interesse », dell'« amministrazione pura », l'approdo, nel 1889, ad un giudizio di tipo cassatorio nel quale l'annullamento dell'atto conseguiva all'individuazione di categorie di vizi prestabilite per legge. (Su quest'ultimo punto cfr. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 602 e ss.).

diritto soggettivo e amministrazione pura, si ripropone ora sotto vesti concettuali più sottili e sfumate, preoccupate di non alterare la giuridicità dell'intero disegno istituzionale, ma che nulla tolgono alla « specialità » del diritto a cui è sottoposta l'amministrazione, alla dimensione autoritaria del potere amministrativo.

Del resto nel momento in cui la giustizia amministrativa diveniva parte integrante della funzione giurisdizionale ed addirittura ci si interrogava sulla possibilità di una futura « unità organica » delle giurisdizioni ⁽⁶⁸⁾, era lo stesso concetto di giurisdizione, persino di giurisdizione civile, ad abbandonare la consueta identità tra giudizio e diritto soggettivo per una visione « pubblicistica » della funzione, che ne poneva in risalto gli aspetti « oggettivi » di esplicazione della sovranità, che risolveva il conflitto processuale tra le stesse parti private in un momento di prevalente attuazione dell'ordinamento giuridico oggettivo.

Anche l'affermazione, secondo la quale la tutela del diritto soggettivo rappresentava l'oggetto sia del giudizio ordinario sia del giudizio amministrativo, ed il conseguente tentativo di unificarli entrambi anche sotto questo profilo nella funzione giurisdizionale costituivano soluzioni largamente nominalistiche e non potevano nascondere né la realtà istituzionale dell'ordinamento italiano di tutela del cittadino nei confronti del potere amministrativo, la sua intrinseca duplicità sin dalle scelte dell'unificazione, né il diverso atteggiarsi di questa stessa tutela, le diverse potenzialità connesse ad un giudizio limitato alla sola verifica della legittimità del potere discrezionale ⁽⁶⁹⁾ e quelle necessariamente più ampie connesse ad un giudizio di legalità con piena cognizione del diritto e del fatto.

⁽⁶⁸⁾ MORTARA, *Commentario*, vol. I, cit. p. 63.

⁽⁶⁹⁾ Si tratta di un profilo chiaramente avvertito dallo stesso Mortara. Cfr. *Commentario*, vol. I, cit., p. 53: con la riforma del 1889 « a quegli 'interessi' che dapprima poteano 'sperare e invocare' protezione, fu data la podestà di 'esigerla'; e nella IV sezione del consiglio di stato, come nelle giunte provinciali amministrative, furono costituiti gli organi aventi l'obbligo di fornire questa protezione. Di fornirla, ben inteso, dentro i limiti e secondo la natura del diritto subbietivo guarentito. Il quale, quando consista semplicemente nella facoltà di 'esigere' che i provvedimenti discrezionali dell'amministrazione abbiano il suggello della 'legittimità', non può dar vita ad altra giurisdizione che a quella di annullamento ».

Ciò nonostante, proprio partendo dalla diversa estensione dei poteri di cognizione del giudice, dalla distinzione tra legalità e legittimità⁽⁷⁰⁾ Mortara approdava ad una delle più chiare formalizzazioni del problema della discrezionalità amministrativa: l'ampiezza, la conservata centralità del giudice ordinario nel sistema, l'indiscutibile rilievo del diritto soggettivo, la riconduzione della libertà amministrativa ai rigorosi parametri della legittimità attraverso una progressiva estensione del diritto nelle maglie del potere, fanno della sintesi teorica del giurista mantovano uno dei tentativi più lineari di conciliare nel modello che risolve l'attività amministrativa nell'esecuzione di legge, libertà del cittadino e autonomia degli apparati.

Si sviluppa una teoria ricostruttiva delle relazioni tra giudice ordinario e amministrativo estremamente complessa, consapevole delle possibilità garantiste offerte dalla legge abolitiva del contenzioso, ma anche avvertita dei limiti che un giudizio incentrato sul diritto soggettivo denunciava nei confronti dell'esigenza di affermare i valori di legittimità e imparzialità anche nella sfera della stessa libertà amministrativa, una teoria che al tormentato problema del riparto, costretto dall'opzione per la *causa petendi*, ad esercitazioni ed equilibrismi logico dogmatici, cercava di contrapporre, con un importante aggiornamento della « linea processuale », una più armonica coesistenza ed una più feconda collaborazione tra Consiglio di Stato e magistratura ordinaria.

I nuovi equilibri giurisprudenziali fissati dalla Cassazione sin dal 1877⁽⁷¹⁾, il riconoscimento del potere del giudice ordinario di sindacare i profili di legittimità dell'atto d'impero lesivo del diritto soggettivo progressivamente affermato anche se parallelamente alla salvaguardia di sfere di autonomia dell'apparato amministrativo, trovano nelle pagine di Mortara un'interpretazione capace di superare schemi vecchi e tralattizi⁽⁷²⁾ a favore di più avvertite ricostru-

(70) *Ibid.*, p. 157.

(71) Cfr. *retro* pp. 57 e ss.

(72) Cfr. in particolare la critica alla distinzione tra atti di gestione e d'impero (su cui *retro* nota 5 cap. 4^o/1^a pt.) considerata « il prodotto di una non bene ponderata traslazione, nel campo del nostro diritto pubblico positivo, del linguaggio adottato in Francia, sotto l'influenza di un sistema, che dal nostro organicamente differisce, di rapporti tra la funzione

zioni della libertà amministrativa, della discrezionalità del potere non più considerata limite indeterminato alla competenza del giudice, ma se mai limite ai suoi poteri di cognizione ⁽⁷³⁾.

Il conflitto tra il diritto soggettivo del cittadino e il potere amministrativo si ricompona nel riconoscimento di un'estesa competenza del giudice ordinario chiamato ad esprimere la sanzione dell'ordinamento giuridico, a verificare anche nei confronti di manifestazioni di autorità il rispetto degli elementi di doverosità fissati dalla norma.

Non possono più esistere spazi originari di autonomia, poteri non concessi dall'ordinamento: anche nei confronti degli organi amministrativi il primato della legge si concretizza con l'intervento della giurisdizione, di una « funzione sovrana » che rappresenta « il proseguimento della legislativa » ⁽⁷⁴⁾. La discrezionalità non evoca nessun primato dell'amministrazione, nessuna « necessità » degli apparati, rappresenta soltanto un potere concesso dall'ordinamento che per assurgere a « vera manifestazione di autorità », per ottenere « titolo alla generale osservanza » deve essere attribuito dalla legge, compiuto dagli organi competenti e nelle circostanze e con le forme previste dalla norma: soltanto di fronte ad

giurisdizionale e governativa » (*Commentario*, vol. I, cit., p. 155) e la precisa rivendicazione di un'interpretazione letterale dell'articolo 2 della legge del 1865: « fra noi non si tratta di discutere se il magistrato possa conoscere di uno o di altro atto amministrativo e di quali sì, di quali no. Di tutti gli atti esso può prendere cognizione, in quanto coi medesimi abbiano potuto essere lesi diritti subbiettivi... » (*ibid.*, p. 156).

⁽⁷³⁾ Come si ricorderà (*retro* pp. 258 e ss.) la distinzione tra i limiti fissati alla competenza del giudice ordinario ed i limiti relativi all'estensione dei suoi poteri di cognizioni non era stata sempre chiaramente avvertita nella riflessione orlandiana: in Mortara invece la distinzione è chiarissima e la suddivisione degli atti della « funzione governativa » in atti discrezionali e non discrezionali ha efficacia, fatto salvo il divieto di annullamento dell'atto (art. 4 c. 2 All. E), esclusivamente sul piano dei limiti del potere di cognizione. Se di fronte ad un atto discrezionale lesivo di un diritto soggettivo il giudice ordinario deve limitarsi a verificarne i requisiti di legittimità, competenza, forma, nei confronti di un atto non discrezionale il giudizio si estende ad una valutazione « affermativa » del comportamento amministrativo ed alla piena sanzione del diritto spettante all'attore (*ibid.*, pp. 156-7).

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, p. 20.

un atto di potere legittimo dovrà cedere allora anche il diritto soggettivo, venir meno la competenza del giudice ordinario⁽⁷⁵⁾.

Il completamento del sistema di tutela inaugurato nel 1865 con l'introduzione di un giudice istituzionalmente deputato alla sanzione e alla tutela di un diritto pubblico soggettivo alla legittimità degli atti discrezionali assicurava ora l'estensione del controllo giurisdizionale sull'intera attività amministrativa, ma poneva anche delicati problemi di concorrenza con il sindacato già eser-

(75) *Ibid.*, p. 123. Una chiara traduzione giurisprudenziale di questi principii è in Cass. Roma 6 agosto 1903, Sez. Un., in *Giurispr. ital.*, LV (1903), I, 1, 898 (estensore lo stesso Lodovico Mortara) di cui riproduciamo la massima: « la controversia intorno alla legittimità di un provvedimento dell'autorità amministrativa, nei limiti dell'indagine sulla lesione di un diritto privato, è di competenza dei tribunali ordinari anche quando l'atto impugnato abbia forma di esercizio di potere discrezionale e ne sia denunziata la illegittimità per difetto di potere nell'organo amministrativo. Tale difetto di podestà può derivare da assoluta mancanza di attribuzione, ovvero da esorbitanza nell'esercizio del potere o dell'ufficio oltre i limiti assegnati dalle norme giuridiche che lo disciplinano ». Cfr. anche App. Roma 13 marzo 1906, in *Giurispr. ital.*, LVIII (1906), I, 2, 346 (ancora Mortara estensore) secondo la quale « l'autorità giudiziaria può sempre conoscere della legittimità dell'atto amministrativo al fine del risarcimento del danno, anche se si tratta di atto compiuto nell'esercizio di potere discrezionale ». In generale sulla giurisprudenza ordinaria in tema di cognizione di atti discrezionali cfr. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., pp. 110-112.

Una valutazione particolarmente positiva dell'attività del Mortara magistrato, espressione di una giurisprudenza coerente al compito che la dottrina dovrebbe assumersi di « temperare sempre più la troppo larga definizione degli atti d'impero che costituisce un ostacolo all'autorità giudiziaria e un difetto di garanzia al diritto privato », in ARCOLEO, *Gli atti d'impero e l'autorità giudiziaria*, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, III (1905), pp. 177 e ss., che riporta la motivazione di Cass. Roma, 20 giugno 1905, Sez. Un. (relatore Mortara, difensore dell'attore lo stesso Giorgio Arcoleo) in tema di acque e di responsabilità della pubblica amministrazione per provvedimenti di bonifica. Dobbiamo l'indicazione di questo intervento di Arcoleo a FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, relazione al convegno *Giorgio Arcoleo settant'anni dopo: Stato, politica, diritto*, Catania-Caltagirone 1-3 ottobre 1984, i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione ed a cui rinviamo anche per una precisa collocazione della nota citata nella biografia intellettuale del giurista siciliano.

citato dal giudice ordinario sugli atti discrezionali lesivi di un diritto soggettivo.

Esclusa la possibilità di una collisione tra giudizio ordinario e amministrativo nell'ipotesi di atti regolati da norme « fisse e tassative », perché in questo caso il diritto di « esigere » e di « proibire » atti determinati della pubblica amministrazione doveva ricadere sotto la tutela del sindacato di legalità del giudice ordinario, per gli atti discrezionali della funzione governativa doveva necessariamente ipotizzarsi una duplice specie di sindacato ⁽⁷⁶⁾.

La possibilità di contemperare la centralità del giudice ordinario con le nuove potenzialità offerte dal giudizio di fronte alla IV sezione — il sindacato sull'eccesso di potere innanzi tutto — risulta così ancora una volta affidata alla tesi del *petitum* ⁽⁷⁷⁾, ad un criterio di riparto che, distinguendo i provvedimenti processuali ottenibili di fronte ai due giudici, assicurava non solo una maggiore

⁽⁷⁶⁾ MORTARA, *Commentario*, vol. I, cit., pp. 344-5. Cfr. anche ID., *Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella della IV sezione del Consiglio di Stato a proposito del monopolio dei comuni pel trasporto dei cadaveri*, in *Giurispr. ital.*, L (1898), I, 1, 288, una nota che valutava positivamente un'isolata inversione di tendenza della giurisprudenza della Cassazione in tema di riparto, rappresentata da Cass. Roma 11 marzo 1898, Sez. Un., sentenza che sposava il criterio del *petitum*.

⁽⁷⁷⁾ Tesi accolta tuttavia con alcune precisazioni, cfr. MORTARA, *Commentario*, vol. I, p. 352-3. Il riconoscimento della validità delle intuizioni che Scialoja aveva manifestato nella nota al « caso Laurens » (il diritto fatto valere come interesse) non è infatti disgiunto, in Mortara (*ibid.*, pp. 348-9, in nota) da un garbato rimprovero al maestro romanista per non aver affrontato espressamente il grave problema teorico della distinzione tra diritto e interesse, né quello del valore del giudicato amministrativo nei confronti dell'autorità giudiziaria. La risposta di Scialoja (*Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato per l'art. 24 della legge 2 giugno 1889*, cit., pp. 209 e ss.) di cui conosciamo almeno in parte il contenuto (*retro* nota 16, cap. 2^o/2^a pt.), non si fece attendere e, pur concordando sul principio della natura giurisdizionale della IV sezione, rappresentò una critica aperta dell'individuazione che il giurista mantovano aveva fatto di un diritto pubblico soggettivo alla legittimità degli atti amministrativi. Secondo Scialoja per giungere ad affermare la natura giurisdizionale della IV sezione non era infatti necessario ipotizzare l'esistenza di un nuovo diritto soggettivo, considerato anche che l'ordinamento positivo italiano rimaneva ancorato alla distinzione tra diritto e interesse, ma era sufficiente riconoscere la « funzione dichiarativa del diritto mediante sentenza » esercitata dal giudice amministrativo (*ibid.*, p. 220).

linearità e semplicità di applicazione, ma anche il rispetto del principio che solo al provvedimento legittimo riconosceva il potere di « degradare » il diritto soggettivo del cittadino.

Si perfezionava così anche nei minuti aspetti esegetici un modello teorico che aveva fatto propri gli equilibri tra libertà e autorità fissati con l'unificazione, li aveva tradotti e aggiornati in nuove linee concettuali che potevano lasciare certo spazi anche ampi ad affermazioni nominalistiche, che non mettevano in dubbio — né lo avrebbero potuto — la dimensione autoritativa connaturata al potere amministrativo, ma che riuscivano ad offrire una geometria dei rapporti tra Stato e cittadino e tra gli stessi poteri dello Stato perfettamente rispondente ad un ideale « Stato giuridico » in cui le facoltà della pubblica amministrazione dovevano essere rigorosamente ricondotte all'esecuzione del dettato normativo.

Il modello del giurista mantovano, ultimo frutto consistente della giuspubblicistica italiana dell'ottocento, interpretava la razionalità e la linearità di uno Stato liberale sempre ancorato alla dialettica tra istituzioni e cittadino, ancora capace di comporre il conflitto nella dinamica giuridico costituzionale dei propri organi.

Lodovico Mortara poteva così offrire una equilibrata ricostruzione dell'antitesi tra autorità e libertà, tra imparzialità nell'esercizio del potere e garanzia delle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio, un coerente modello di *Rechtsstaat*, ma che al tempo stesso si dimostrava sempre più astratto e lontano dalle tensioni e dai conflitti che dal paese reale giungevano ad investire la sacralità delle istituzioni: la conservata centralità del giudice ordinario nel sistema di tutela testimoniava la tenuta del modello ideale, la centralità che il giudice amministrativo conquisterà, di lì a poco, progressivamente nelle pagine dei giuristi e nei reali equilibri giurisprudenziali dimostrerà invece un graduale adattamento del modello ideale alle esigenze di un sempre più evidente primato degli apparati amministrativi.

3. *Potere discrezionale e nuovi modelli amministrativi nel dibattito di fine secolo.*

I modelli teorici di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara, al di là delle differenze talvolta anche significative riscon-

trabili su singole questioni esegetiche o su specifici momenti ricostruttivi, avevano rappresentato il tentativo della *scientia iuris* di offrire una lettura dei processi di trasformazione dello Stato moderno, avevano cercato di tradurre in istituti giuridici e in costruzioni dogmatiche la spinta crescente a racchiudere nelle strette maglie del diritto le forme di manifestazione della sovranità, le espressioni della volontà dello Stato.

Con il concetto di « Stato giuridico » o di « Stato libero » si era così cercato di fissare una meta ideale ai processi istituzionali, di fornire al tempo stesso una chiave essenziale per interpretare la tendenza, almeno apparentemente univoca, a risolvere le affermazioni del potere in dichiarazioni verificabili secondo parametri normativi, controllabili giuridicamente.

La costruzione della scienza del diritto pubblico sulla base della formalizzazione della dinamica istituzionale operata depotenziando le istanze politiche, togliendo rilevanza giuridica al contrasto governo governati, risolvendo i conflitti d'interessi in un'armonica « organicità » del corpo sociale, rappresentava indubbiamente anche il frutto di un'adesione ideologica alle istituzioni dello Stato unitario⁽⁷⁸⁾, ne sposava le ristrettezze oligarchiche e la natura scarsamente rappresentativa della classe politica, ma permetteva anche di ricondurre le relazioni tra Stato e cittadino alla linearità del rapporto giuridico.

La rifondazione delle dottrine costituzionali realizzata da Orlando esorcizzando il fantasma dell'onnipotenza dell'assemblea, dell'identità parlamento sovranità e riconducendo la produzione del diritto contenuta nell'atto legislativo alla dichiarazione di norme già viventi nella coscienza popolare, aveva garantito alle istituzioni una rinnovata impermeabilità nei confronti delle tensioni sociali, aveva assicurato al conflitto tra sovranità e libertà, tra Stato e cittadino un'armonica composizione nella forma di un rapporto regolato dal diritto ed intercorrente tra due distinte personalità giuridiche.

Conquistata « l'impersonalità del potere pubblico, o meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso

⁽⁷⁸⁾ Per questa interpretazione del formalismo orlandiano cfr. in particolare CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., pp. 21 e ss.

stesso come persona »⁽⁷⁹⁾, esauriti i rapporti regolati dal diritto pubblico « in quelli che hanno per termini l'individuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori dall'altra »⁽⁸⁰⁾, era stato possibile offrire della dialettica tra paese legale e paese reale, tra istituzioni e società un'immagine pacificata, costruire sulla tranquillizzante organicità della « coscienza popolare » una lettura « giuridica » dei processi costituzionali e amministrativi.

Sul piano della costruzione delle forme di manifestazione della volontà dello Stato tutto questo si era espresso in un modello tendenzialmente rivolto a ridurre i margini di discrezionalità nell'esercizio del potere, approdato addirittura nelle pagine di Lodovico Mortara al tentativo di tradurre nella moltiplicazione dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini la progressiva e parallela diminuzione delle prerogative e delle facoltà discrezionali degli organi statali, ad un disegno della dinamica istituzionale totalmente scandito dal diritto oggettivo e dalla crescente presenza di posizioni di vantaggio dei soggetti individuali.

La prevalenza, almeno tendenziale s'intende, della funzione giurisdizionale, chiamata ad assicurare la sanzione della giuridicità dell'ordinamento, aveva rappresentato la conseguenza necessaria di un sistema teorico che negava agli apparati amministrativi qualsiasi legittimazione che prescindesse dal dettato normativo.

L'adesione ai valori letterali della legge abolitiva del contenzioso, il rispetto della centralità del giudice ordinario, l'introduzione del nuovo giudice amministrativo come momento essenziale di perfezionamento in senso garantistico di un sistema di tutela comunque incentrato sul diritto soggettivo, avevano costituito al tempo stesso l'interpretazione dei dati normativi dell'ordinamento

⁽⁷⁹⁾ ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 tenuto nell'Università di Pisa, ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, p. 313.

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, p. 320, ma nel senso che « le moderne tendenze al sistema corporativo » avevano determinato la prepotente presenza di nuovi soggetti nell'ambito del diritto pubblico. Su questa importante prolusione da ultimo FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, X (1981), pp. 169 e ss., al quale rinviamo anche per più complete indicazioni bibliografiche.

italiano di giustizia amministrativa e l'estrinsecazione di quel modello di *Justizstaat* che, garantendo la massima giustiziabilità dell'attività amministrativa, doveva soddisfare, nel quadro degli equilibri tra i poteri, tra le diverse forme di espressione della sovranità, « la necessità che lo Stato in ogni sua istituzione si uniformasse al diritto »⁽⁸¹⁾.

Tuttavia proprio nel momento in cui queste sintesi teoriche raggiungevano l'espressione più compiuta e le questioni esegetiche si collocavano in un disegno dalle evidenti linee generali, la linearità stessa del modello, la possibilità di vincolare in modo progressivo l'attività amministrativa ad un crescente rispetto del primato della legge, di adeguarne la funzione ai valori di legalità e imparzialità, incontravano nella realtà istituzionale sempre più evidenti smentite, propensioni sempre più marcate ad un ruolo più autonomo e decisivo degli apparati amministrativi.

La « profonda trasformazione » determinata nel diritto pubblico come nel diritto privato dalla « pressione esterna dei bisogni e delle aspirazioni delle classi operaie »⁽⁸²⁾, un diverso rapporto che si andava delineando tra Stato e sviluppo economico, l'esigenza di potenziare l'attività di « prestazione » anche in funzione di nuovi fattori legittimanti le istituzioni e la classe dirigente⁽⁸³⁾, la necessità di realizzare cioè quelle riforme capaci — come sosteneva Sidney Sonnino — di suscitare nelle classi subalterne « un senso di vivo cointeressamento alla pace sociale ed alla conservazione degli attuali istituti »⁽⁸⁴⁾, la coesistenza, non sempre priva di ele-

(81) ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 34.

(82) G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, ediz. postuma a cura di P. Ungari, Milano, 1980, p. 185.

(83) Per lo sviluppo di queste problematiche cfr. FEBVRE, *Dallo Stato storico allo Stato vivente*, in *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, cit., pp. 80-1; P. SCHIERA, *Verso lo Stato post-moderno*, in *ibid.*, p. 161; POGGI, *La vicenda dello Stato moderno*, cit., pp. 173 e ss.; E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, trad. it. a cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, pp. 31 e ss. e pp. 171 e ss.

(84) SONNINO, *Quid agendum? Appunti di politica e di economia*, in *Nuova Antologia*, 16 settembre 1900, in *Id.*, *Scritti e discorsi extraparlamentari*, vol. I, cit., p. 682. Il programma di riforme e il progetto d'integrare le nuove masse sociali nello Stato liberale, delineati da Sonnino, erano

menti contraddittori, di fenomeni tendenti da una parte al rafforzamento dell'autorità e supremazia della persona giuridica dello Stato e dall'altra all'integrazione progressiva nelle istituzioni degli interessi confliggenti e delle forze disgreganti a livello sociale, garantivano all'amministrazione una rinnovata centralità nell'ordinamento, le restituivano la funzione ed il ruolo preminente tra i poteri dello Stato.

Contemporaneamente, a partire dalla seconda metà degli anni '90, anche nelle ricostruzioni teoriche della scienza giuridica il modello che identificava in linea tendenziale *Rechtsstaat* e *Justizstaat* ⁽⁸⁵⁾ svela vistose e crescenti incrinature: non si realizza naturalmente un radicale mutamento di rotta, un improbabile e anacronistico ritorno al *Wohlfahrtsstaat* di settecentesca memoria, ma sotto l'ossequio formale all'assoluta imperatività della legge, si comincia a dar forma agli elementi teorici e concettuali che costituiranno nel primo decennio del nuovo secolo la base per una diversa definizione della pubblica amministrazione, il sostrato necessario per garantire al diritto degli apparati amministrativi una configurazione e una sistemazione dogmatica sempre più autonoma e « speciale » rispetto al diritto comune.

Sfruttando innegabili continuità con quei principi di autonomia e libertà del potere amministrativo, il cui valore costituzionale era stato evidente sin dalle scelte dell'unificazione, dal momento

indubbiamente significativi della nuova atmosfera politica creatasi col superamento della « crisi di fine secolo », segnavano l'abbandono dei propositi di aperta involuzione autoritaria del sistema, fissati anni prima nel *Torniamo allo Statuto*, ma prendevano le mosse da un'allarmata valutazione delle tensioni esistenti nel paese (« il paese è ammalato, moralmente e politicamente; lo dimostrano i moti del 1893, quelli del 1898, i risultati delle elezioni del 1897 e di quest'anno, per cui in un triennio si è visto triplicare il numero dei rappresentanti dei partiti sovversivi, il perdurare della brutta luce dell'assassinio politico... » - *ibid.*, p. 680) e non celavano il disegno di consolidare l'« organizzazione di uno Stato forte ». Sul programma sonniano basti qui rinviare ad AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, vol. I, cit., pp. 190 e ss..

(⁸⁵) Per una definizione del concetto di *Justizstaat* cfr. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 66; si vedano a questo proposito anche le osservazioni di GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 208 e ss..

cioè in cui dovevano garantire la debole unità appena raggiunta contro le fratture regionali, con quel primato dell'amministrazione sempre rinverdito quando più precaria sembrava la legittimazione della classe dirigente e più incerta la capacità di dominare il ribollente mondo dei governati, si trattava ora di fronte a crescenti fenomeni di crisi dello Stato liberale di aggiornare i modelli teorici e interpretativi, di tradurre sul piano degli istituti giuridici la rinnovata funzione degli apparati amministrativi.

Si percorre cioè in gran parte una strada già segnata, si segue il filo rosso che collega il successivo approfondirsi del problema del potere amministrativo, si fa leva su quell'autonomia che all'amministrazione garantiva lo stesso principio di divisione dei poteri: del resto l'impossibilità che la norma regolasse compiutamente l'attività amministrativa, la presenza di un'area di libertà dell'amministrazione — giustificata dal fatto che anch'essa partecipava della sovranità, rappresentava un potere dello Stato, sovraordinato ai soggetti privati perché teleologicamente orientato al perseguimento dell'interesse collettivo, del bene pubblico — avevano costituito già nei dibattiti degli anni '80 i solidi motivi che avevano impedito l'estensione del sindacato del giudice ordinario oltre la barriera dell'amministrazione pura, della sfera della formazione del potere, che avevano indirizzato l'evoluzione del sistema di tutela verso un autocontrollo in via contenziosa esercitato dalla stessa amministrazione e limitato ad una verifica oggettiva della legittimità dell'azione amministrativa.

Ci si muove quindi sulla base di una evidente continuità con il principio sempre presente ed effettivo della libertà dell'amministrazione, ma si pongono in discussione anche equilibri consolidati, la conciliazione che pur nella sua mutevole precarietà e forse anche nella sua intrinseca contraddittorietà si era cercato di fissare tra autonomia del potere e libertà del cittadino.

Ed è appunto il concetto di potere discrezionale che viene ad esprimere il canale attraverso il quale si manifestano le continuità e le rotture, le conferme e le eversioni dei modelli tradizionali: elemento « irriducibile » di ogni tentativo di tradurre in forme giuridiche le espressioni del potere ⁽⁸⁶⁾, la discrezionalità non rap-

(86) Cfr. anche *retro* nota 27 cap. 5°/1^a pt..

presentava più l'area grigia degli *arcana imperii* della pubblica amministrazione, il simbolo di quelle « libere facoltà » che, in una visione ancora legata all'uso di concetti « privatistici », il legislatore del 1865 aveva consegnato alla sfera degli interessi, dell'irrilevante giuridico, essa ha acquisito ormai una posizione predominante all'interno dell'attività amministrativa, ne è divenuta il segno caratteristico, il fulcro per una nuova teoria generale della pubblica amministrazione.

Cambia cioè lo stesso fondamento teorico della discrezionalità: questa non esprime più come nelle pagine di Silvio Spaventa o di Vittorio Emanuele Orlando, di Lorenzo Meucci o di Lodovico Mortara, quella necessaria libertà di valutazione che si manifesta negli spazi lasciati liberi dall'indeterminatezza della norma giuridica, ma diventa il simbolo di un'amministrazione che si vuole ormai diretta interprete dei bisogni collettivi, espressione ed esecuzione della volontà effettiva e concreta dello Stato persona giuridica più che della volontà della legge, titolare di poteri coercitivi, di una posizione di supremazia irriducibile agli schemi del diritto privato e che trova la sua pur necessaria qualificazione giuridica in un diritto amministrativo che, assunto a ramo autonomo del diritto con una propria e peculiare dignità dogmatica e scientifica, si viene caratterizzando per contenuti antitetici a quelli paritari del diritto civile.

Il rilievo che assume nelle pagine dei giuristi il tema della discrezionalità configura certamente anche una capacità di estendere una qualificazione giuridica, anche se « speciale », nelle maglie del potere, ma in primo luogo testimonia la crisi di un modello che nella limitazione delle facoltà governative degli organi statali e nell'illimitata evoluzione delle situazioni soggettive individuali aveva identificata la razionalità stessa dello « Stato giuridico », rappresenta una valutazione più avvertita delle nuove tendenze prevalenti nel diritto pubblico, esprime la consapevolezza di un processo che portava ad un'estensione ed ad un ampliamento dei poteri dello Stato e correlativamente ad una diversa configurazione delle libertà civili dei cittadini.

Si riscopre una « necessità » degli apparati amministrativi non mediata da altri fattori di legittimazione, si delinea una teoria generale che fonda un nuovo primato della pubblica amministra-

zione, che a questa assegna « il primo posto tra le funzioni dello Stato »⁽⁸⁷⁾, che giustifica al tempo stesso il potere e la sua autonomia, la cui corposa presenza lungi dal rappresentare l'elemento intoccabile sì, ma anche appartato, il limite negativo, emergeva nei rapporti coi cittadini ad elemento centrale, a cardine dell'intero sistema politico costituzionale.

Siamo di fronte ad una precisa scelta autoritaria che non si risolve semplicemente in una pubblicizzazione dogmatizzata e formalista dei rapporti amministrativi⁽⁸⁸⁾ operata nel chiuso del mondo accademico, nei ben delimitati recinti della *scientia iuris*, ma che si converte in un progetto più generale, in un nuovo modello amministrativo che vuole essere più consapevole delle esigenze mutate di uno Stato e di una società che vivono crescenti tensioni sociali.

Emergono allora anche significative continuità con le contrapposizioni che il dibattito sul parlamentarismo aveva conosciuto nel corso degli anni '80: senza sottovalutare il fatto che allora queste contrapposizioni erano maturate all'interno del pensiero politico, nella divergenza delle analisi complessive delle istituzioni e della società e che ora invece le alternative interpretative si calavano anche all'interno della scienza giuridica investendo i modelli teorici e le costruzioni dogmatiche, gli istituti e le categorie concettuali, non è possibile fare a meno di cogliere la rinnovata corrispondenza che ancora una volta si fissava tra la consapevolezza della fragilità delle istituzioni, la coscienza dei processi di trasformazione in corso da una parte, il primato dell'amministrazione, il progetto di nuovi equilibri costituzionali dall'altra.

In un momento in cui si rinfocolava la polemica sul parlamentarismo e le vicende istituzionali drammaticamente svelavano la vastità dei conflitti politici e sociali, la cesura, che si andava approfondendo all'interno della scienza giuridica e che in modo certamente meno clamoroso rispetto alle evidenti lacerazioni degli anni '80 — si ricordino le misurate pagine di uno Spaventa o di un Minghetti di contro all'ingombrante realismo di un Pasquale

⁽⁸⁷⁾ KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1923-4, trad. ital. a cura di C. Geraci, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Id.*, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, p. 105.

⁽⁸⁸⁾ D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 138 e ss..

Turiello — investiva tuttavia significativamente le costruzioni sistematiche ed i disegni teorici, ci riporta alle contrapposizioni di un tempo, ci ricorda la continuità del modello orlandiano, il precoce⁽⁸⁹⁾ schieramento del giurista siciliano contro i tentativi di affossare le istituzioni parlamentari, il suo netto rifiuto di sposare soluzioni istituzionali che mettessero in dubbio gli equilibri tra Parlamento e amministrazione, favorissero pericolose prospettive di autolegittimazione degli apparati.

Ma al tempo stesso il primato dell'amministrazione si aggiorna, si separa dai modelli tradizionali nei quali si era espresso nelle pagine di Pasquale Turiello e che ancora venivano riproposti negli *Elementi di scienza politica* di Gaetano Mosca⁽⁹⁰⁾, abbandona la mitica figura del funzionario onorario, il simbolo di una *middle class* capace di guidare la vita delle istituzioni e di organizzare il consenso, ricerca nuovi strumenti attraverso i quali rafforzare il potere, scoprire nuove vie di legittimazione della classe dirigente, riservare agli apparati amministrativi la funzione predominante negli equilibri tra i poteri, ricostruire nella salda sicurezza, nell'imprescindibile « necessità » dell'amministrazione, l'intera dinamica istituzionale.

Il primato dell'amministrazione si scinde dal più generale primato dell'Esecutivo che ancora caratterizzava il dibattito degli anni '80, si separa da una prospettiva che era rimasta in gran parte legata ad una dialettica tra Parlamento ed Esecutivo (nella sua globalità), registra l'incipiente intensificarsi dei fenomeni di burocratizzazione, la crescita anche numerica degli organici, l'estendersi dell'intervento dello Stato nell'economico e nel sociale, diventa in senso stretto primato degli apparati amministrativi fondando così

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *retro* pp. 165 e ss.

⁽⁹⁰⁾ MOSCA, *Elementi di scienza politica*, cit., pp. 312 e ss. e cfr. *retro* nota 37 cap. 2°/1ª pt.. Su Turiello si vedano *retro*, le pp. 152 e ss. Sull'incapacità dei modelli moschiani di corrispondere ai « bisogni di comprensione di una realtà nuova determinatasi con la crisi della società liberale » da ultimo FIORAVANTI, *Costituzione, governo e classe politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), spec. pp. 585-6, mentre una precisa critica del modello del funzionario onorario è già in ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit., pp. 48-50. (Cfr. anche *retro* nota 65 cap. 2°/1ª pt.).

una definitiva ed irreversibile primazia dell'amministrazione sulla costituzione e parallelamente una progressiva emancipazione del diritto amministrativo dalle prospettive e dalle tematiche del diritto costituzionale.

Si rileggano le pagine della prolusione maceratese di Oreste Ranalletti: i toni forti, le tinte fosche che caratterizzano questo discorso inaugurale risentono naturalmente del momento contingente, rinviano alla fase più acuta della « crisi di fine secolo », le proposte politiche mutuano in più punti il progetto sonniniiano del *Torniamo allo Statuto*, delineato sulle colonne della *Nuova Antologia* soltanto due anni prima, l'apologia degli strumenti di prevenzione esprime una concezione poliziesca del *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, valorizza la funzione repressiva degli organi statali ⁽⁹¹⁾.

Ma, depurata delle proposte contingenti, riletta non esclusivamente in funzione dell'appoggio che le affermazioni del giurista abruzzese indubbiamente portavano all'approvazione dei decreti repressivi del governo Pelloux ⁽⁹²⁾, la prolusione conteneva già modelli teorici che non si avrà difficoltà a riproporre anche quando la « grande paura » sarà ormai un ricordo e le tensioni sociali sembreranno sufficientemente dominabili dall'opera mediatrice di Giovanni Giolitti.

Se le critiche allo strapotere della camera elettiva, le proposte per una restaurazione della « funzione regia » e per un ritorno alla lettera dello Statuto, gli appelli polizieschi testimoniano una precisa scelta di campo, una ben definita opzione politica del nostro giurista in un momento di dura contrapposizione parlamentare, la

⁽⁹¹⁾ RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1899-900 nell'Università di Macerata, Macerata, 1899, ora in *Annali della Università di Macerata*, II (1927), pp. 7-27. Sul contenuto apertamente reazionario di molte proposte avanzate nella prolusione maceratese, cfr. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, p. 50 in nota; CALANDRA, *Oreste Ranalletti*, cit., pp. 1142 e ss..

⁽⁹²⁾ Una analitica ricostruzione della vicenda parlamentare conclusasi con la rinuncia del governo all'emanazione dei decreti, le dimissioni di Pelloux all'indomani delle elezioni straordinarie del 1900 e la nomina a Presidente del Consiglio di Giuseppe Saracco, è in LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., pp. 370 e ss..

delineazione di un nuovo rapporto tra legge e amministrazione, l'assoluta centralità del potere discrezionale nel sistema amministrativo costituiranno invece un lascito concreto e rilevante per le future costruzioni dogmatiche.

Due fattori concorrono a rinnovare il primato dell'amministrazione, a costituirla « unica funzione essenziale »⁽⁹³⁾ tra le forme di manifestazione della sovranità: da una parte una sempre più matura consapevolezza dell'ampliamento dei compiti dello Stato, l'aver cioè rilevato la « crescente sostituzione dello Stato alla società »⁽⁹⁴⁾, l'utilizzo del potere pubblico per fini economici e sociali, la necessità di estendere la sovranità dal « rapporto di sudditanza »⁽⁹⁵⁾ all'attività sociale, alle relazioni patrimoniali, dall'altra una sempre più avvertita e preoccupata constatazione delle tensioni e dei contrasti d'interesse che scuotono il corpo sociale.

Le proposte di politica del diritto si mescolano allora all'aggiornamento degli schemi teorici, le scelte consapevoli per un rafforzamento degli apparati convergono, con i tentativi d'integrare nelle istituzioni le spinte più disgreganti, in un progetto complessivo che vuole rilegittimare lo Stato quale elemento centrale della dinamica istituzionale, quale momento essenziale su cui costruire una più sicura coesione del tessuto sociale.

La prolusione ranellettiana che precede di un decennio quella sicuramente più famosa e teoricamente più avvertita, ma anche su molti punti convergente, che Santi Romano pronunzierà nell'ateneo pisano nel 1909⁽⁹⁶⁾, può dimostrare allora come i fenomeni appa-

⁽⁹³⁾ KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, cit., p. 105.

⁽⁹⁴⁾ ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, (1897), in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, cit., p. 211.

⁽⁹⁵⁾ RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, pt. 3^a, *Teoria*, in *Riv. it. scienze giur.*, XXVI (1898), p. 423.

⁽⁹⁶⁾ ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit. pp. 311 e ss. Molto più carica di valutazioni contingenti ed inserita in una peculiare vicenda politica, la prolusione maceratese di Oreste Ranalletti; più disponibile ad interpretare un processo generale di « crisi » delle istituzioni statali, la prolusione pisana di Santi Romano: entrambi tuttavia convergono sull'assoluta necessità di difendere la centralità della persona giuridica dello Stato, la sua autorità e supremazia nella dinamica istituzionale, così come sulla necessità di assicurare alle relazioni tra Stato e società una più orga-

rentemente confliggenti della pubblicizzazione in senso autoritario degli istituti amministrativi, della predisposizione di strumenti giuridici che tengano conto dell'aumento delle funzioni dello Stato, della necessità di una più armonica rappresentanza degli interessi, s'innestino in un disegno unitario che può non essere sempre concettualmente definito e dominato, ma che individua nel modello « classico » di *Rechtsstaat*, nella mediazione tradizionale tra centralità del Parlamento e autonomia dell'amministrazione, modelli ormai incapaci d'interpretare e di riunificare i nuovi fenomeni sociali.

I progetti di revisione autoritaria della costituzione materiale, l'ampliamento dei poteri dello Stato anche in funzione di una ricerca di nuovi fattori legittimanti, la riscoperta « necessità » degli apparati amministrativi, la conversione della rappresentanza politica in rappresentanza degli interessi, rispondono a diverse linee di sviluppo, ma esprimono una preoccupazione comune per la *leader-*

nica armonia da realizzare integrando le insufficienze della rappresentanza politica ed istituendo delle forme di rappresentanza degli interessi (RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, cit., p. 21; ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 323-4). La possibilità che lo Stato si apra agli interessi in conflitto, in certa misura si « socializzi » (O. HINTZE, *Wesen und Wandlung des modernen Staats*, in *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften*, 1931, trad. ital, a cura di P. Schiera, *Essenza e trasformazione dello Stato moderno*, in Id., *Stato e società*, Bologna, 1980, pp. 140-1) discende dalla consapevolezza della crescente presenza di elementi disgregatori del tessuto sociale, ma rimane nei due giuristi strettamente condizionata e subordinata alla preminente esigenza di rafforzare la capacità dello Stato di dirigere e incanalare i fermenti sociali: come vedremo, questa esigenza di potenziare le strutture statuali si tradurrà, sul piano della sistemazione giuridica delle forme di manifestazione della sovranità, in un rinnovato primato della pubblica amministrazione.

In particolare per la figura di Santi Romano la consapevolezza dei processi di trasformazione della società e dello Stato è stata studiata in funzione di una rilettura della tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici. Cfr. in particolare: TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato*, cit., pp. 215 e ss.; CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 243 e ss.; RUFFILLI, *Santi Romano e la « crisi dello stato » agli inizi dell'età contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVII (1977), pp. 311 e ss.; V. MURA, *Statualismo e diritto sociale. Il saggio di Capograssi sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici: esercizio sulle varianti delle due edizioni (1936-1939)*, Pisa, 1979, pp. 15 e ss..

ship sempre più precaria della classe dirigente, sanzionano il coronamento di un progetto che ha tradotto la tradizionale contrapposizione di amministrazione e politica in un vigoroso primato degli apparati che rifiuta l'evoluzione democratica degli istituti rappresentativi, l'estensione della partecipazione politica delle classi subalterne, la possibilità di organizzare il consenso attraverso la formazione di un grande partito di democrazia liberale⁽⁹⁷⁾.

Il primato che s'incomincia ad attribuire al potere discrezionale nelle elaborazioni teoriche dei fatti amministrativi non discende quindi soltanto dalla formalizzazione di quel principio di libertà dell'amministrazione sempre ben presente alla giuspubblicistica italiana dell'ottocento, ma rappresenta la traduzione giuridica di un modello che è arrivato ad ammettere anche delle forme di socializzazione dello Stato — la rappresentanza degli interessi in particolare⁽⁹⁸⁾ — ma sempre in funzione di un disegno di coesione della

(97) Si tratta di un progetto coerente non solo con le prospettive autoritarie emerse durante la « crisi di fine secolo », ma — depurato delle istanze più reazionarie e più contingenti, che intessevano per esempio la prolusione maceratese di Oreste Ranalletti — convergente anche con i processi espansionistici che gli apparati amministrativi conoscono durante l'età giolittiana; un'espansione che è dovuta, oltre che al progressivo depotenziamento delle funzioni parlamentari a compiti di ratifica di decisioni dell'esecutivo, anche all'estensione dell'attività dello Stato e alla preminente funzione di mediazione delle tensioni sociali affidate all'amministrazione.

Cfr. FARNETI, *Sistema politico e società civile*, cit., pp. 189 e ss. che ipotizza persino l'esistenza di un « progetto burocratico » di Giolitti (e a questo proposito le osservazioni di TRANFAGLIA, *Il deperimento dello Stato liberale in Italia*, cit., pp. 44 e ss.); ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, in *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, cit., pp. 87 e ss.; R. VIVARELLI, *Italia liberale e fascismo. Considerazioni su di una recente storia d'Italia*, ora in ID., *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, Bologna, 1981, p. 73 e ss.; sulla c.d. « dittatura parlamentare » cfr. invece G. MARANINI, *Storia del potere in Italia. 1848-1967*, Firenze, 1983 (1ª ed. 1967), pp. 229-230; AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, vol. I, cit., pp. 293 e ss..

(98) In generale sulla coesistenza di fenomeni di « socializzazione dello Stato » e di « statualizzazione della società » nei processi che investono le trasformazioni delle strutture statuali nel passaggio tra otto e novecento cfr. RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, cit., p. 500; mentre sullo sviluppo di una vera e propria « questione della rappresentanza degli interessi » — di cui la prolusione maceratese di Ranalletti (*Concetto e contenuto giuridico*

società realizzato dall'alto ed affidato alla potenziata autorità dello Stato, alla rinnovata centralità della sua persona giuridica⁽⁹⁹⁾.

Se quindi nel rapporto tra Stato e cittadino « il punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato », ne consegue che quando un limite certo non sia configurabile all'attività amministrativa, l'autorità deve « poter agire liberamente nell'interesse pubblico, perché ciò è nella sua funzione, è il compito della sua esistenza »⁽¹⁰⁰⁾.

della libertà civile, cit., p. 21) e la più tarda prolusione pisana di Romano (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 324) rappresentavano una precisa testimonianza — si vedano le osservazioni di ORNAGHI, *Introduzione a Il concetto di « interesse »*, *Antologia* a cura dello stesso Ornaghi, Milano, 1984, pp. 52 e ss..

Un settore particolarmente importante in cui all'inizio del secolo si cercarono di fissare nuove relazioni tra istituzioni e società è rappresentato dall'organizzazione amministrativa del lavoro che nel 1902, con l'istituzione del Consiglio superiore del lavoro, conosce una prima significativa penetrazione delle forze sociali nelle strutture burocratiche: sulle linee e sul significato di questa esperienza basti qui rinviare a MOZZARELLI-NESPOR, *Il personale e le strutture amministrative*, cit., pp. 228-30; GOZZI, *Organizzazione degli interessi e razionalità amministrativa*, cit., pp. 239-40.

⁽⁹⁹⁾ Sui limiti del processo di « socializzazione » esemplare un'altra prolusione di Ranelletti di diversi anni più tardi (*Il sindacalismo nella pubblica amministrazione*, Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione tenuta all'Università di Napoli il 9 febbraio 1920, in *Riv. dir. pubbl.*, XII (1920), I, pp. 442 e ss.) nella quale la possibilità di un riconoscimento legale dei sindacati professionali si associa al secco rifiuto della loro ammissibilità nell'ambito della pubblica amministrazione: « noi crediamo fermamente che in nessun modo di fronte allo Stato, fra le persone che con esso sono in rapporto di servizio, si possa ammettere legalmente la costituzione di sindacati, con le finalità e i metodi di lotta, che ad essi sono propri. Lo Stato deve essere una unità compatta » (*ibid.*, p. 463). Sulla polemica che a questo proposito sorse con Alfredo Rocco, cfr. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, cit., pp. 49 e ss., mentre più in generale su di una vicenda che conobbe anche gli interventi di Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano, cfr. S. CASSESE-B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storici*, VI (1971), pp. 943 e ss.; CORPACI, *La cultura giuridica e il problema del pubblico impiego dal 1909 al 1930: spunti dalle riviste*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVII (1977), pp. 1264 e ss..

⁽¹⁰⁰⁾ RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, cit., pp. 23-4.

Prende forma una definizione dei rapporti tra legge e amministrazione⁽¹⁰¹⁾ che resisterà per più di un ventennio nelle elaborazioni della scienza amministrativistica italiana, che conoscerà — come vedremo — un superamento parziale ed in larga misura nominalistico soltanto con uno dei maestri della « seconda generazione », con Guido Zanobini⁽¹⁰²⁾, quando il sistema del diritto amministrativo poteva dirsi però ormai sostanzialmente determinato.

⁽¹⁰¹⁾ Una definizione che non solo poteva fondarsi su un'ampia letteratura giuridica (cfr. BLUNTSCHLI, *Lehre vom modernen Staat*, vol. 2, *Allgemeines Staatsrecht*, cit., pp. 359-60: « das leitende Prinzip der Verwaltung ist offenbar Erhaltung und Förderung der öffentlichen Wohlfahrt ». « Die Rechtsverhältnisse des Staates gehören der Staatsautorität ... in jenen darf das Moment der öffentlichen Wohlfahrt nie übersehen werden: das hergebrachte Recht ist in der Regel nur eine Vorbedingung und Schranke, nicht der Geist der Regierungstätigkeit ». P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Neudruck der 5. Auflage, Tübingen, 1911, (1^a ed. Tübingen, 1876), Aalen, 1964, Band 2, p. 175: « in der konstitutionellen Monarchie ist pouvoir administratif der Machtbereich des Landesherrn, der frei ist von der Mitwirkung der Volksvertretung und unbeschränkt durch die Gesetzesauslegung der Gerichte ») ma di cui erano palesi gli stessi « fini politici » (KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, cit., pp. 105-7).

La progressiva diffusione che la teoria della « libertà » dell'amministrazione ottiene nella letteratura giuridica italiana di fine secolo non discende quindi dall'adesione ad una nozione « minima » del principio di legalità (M. C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, Paris, 1957, pp. 25 e ss.; cfr. anche F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 124-8) dettata da considerazioni di carattere dogmatico o da opzioni ricostruttive di esclusivo carattere tecnico, ma ha lo scopo preciso di ricondurre il problema amministrativo allo scontro « zwischen monarchischer Exekutivgewalt und begrenzendem liberalem Rechtsstaat » (STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, 1803-1866, cit., p. 88), testimonia l'utilizzazione di schemi teorici storicamente datati, ma che in realtà svolgono la precisa funzione di tradurre in un nuovo primato degli apparati amministrativi il tradizionale *monarchisches Prinzip*.

⁽¹⁰²⁾ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione tenuta all'Università di Pisa il 21 gennaio 1924, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI (1924), pp. 381 e ss., ora in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pp. 203 e ss.. Su questa prolusione torneremo nel capitolo 4° della parte 3^a.

Se Santi Romano nel 1898 già considerava una « verità indubitabile » il fatto che l'amministrazione non rappresentasse una mera esecuzione del dettato legislativo⁽¹⁰³⁾, Oreste Ranelli in una sede meno impegnativa dal punto di vista dogmatico e così carica di temi e vicende politiche contingenti, poteva affermare: « il potere esecutivo è potere essenzialmente operativo nell'interesse della collettività; e nel campo che è delimitato dal concetto di amministrazione esso deve considerare il diritto solo come il limite della propria attività, e dentro questo limite deve poter agire liberamente, con libera determinazione per il bene pubblico, guidato dal criterio della convenienza amministrativa o politica dei propri provvedimenti. Questo spiega e giustifica il suo potere discrezionale dove la legge manchi e ne determina il limite »⁽¹⁰⁴⁾.

Non si trattava quindi soltanto d'invertire i termini del rapporto giuridico tra Stato e cittadino⁽¹⁰⁵⁾, di sottomettere le guarantee giuridiche progressivamente acquisite dall'individuo ad un'originaria libertà dell'amministrazione, autonoma dalla legge e preesistente all'ordinamento giuridico, né si trattava soltanto di affermare in modo più drastico e radicale quella centralità della persona giuridica dello Stato che una giuspubblicistica, che rivendicava una propria autonomia scientifica, aveva saldamente affer-

⁽¹⁰³⁾ ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898, ora in Id., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, cit., p. 6: « anche gli organi amministrativi, dotati di larghi poteri discrezionali, concorrono a formare la volontà statale, in una cerchia anzi più ampia di quella che non sia riservata agli organi costituzionali ».

⁽¹⁰⁴⁾ RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, cit., p. 24.

⁽¹⁰⁵⁾ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 128: in Ranelli « il prius era divenuto lo Stato e la libertà era la risultante dei limiti che gli opponeva, quando e in quanto lo facesse, l'ordine giuridico ». Troppo schematica ci sembra tuttavia la riduzione operata da Amato delle figure di Orlando e Ranelli considerati gli interpreti rispettivamente del modello francese e del modello tedesco di Stato amministrativo, ma entrambi convergenti verso « una sostanziale subordinazione della libertà »: come abbiamo cercato di dimostrare, non possono essere sottovalutate le diverse polarità che, anche in relazione ad una diversa consapevolezza dei processi di trasformazione in atto, si andavano delineando nella giuspubblicistica di fine secolo intorno all'edificazione teorica dello « Stato giuridico ».

mato nel sistema del diritto pubblico, ma di una definizione che non poteva non avere effetti immediati sulle relazioni tra i poteri dello Stato, sugli equilibri tra le forme di manifestazione della sovranità.

La centralità che il potere discrezionale assume nel sistema amministrativo non deriva quindi da un'opzione « realistica », dalla constatazione che la vita dell'amministrazione non può esaurirsi nella sola dimensione giuridica ⁽¹⁰⁶⁾, che la norma non può offrire tutti gli elementi di valutazione della fattispecie, ma dalla tendenza ad identificare lo stesso concetto di « pubblico » con « discrezionale », dalla volontà di costruire sull'autorità e sull'autonomia del potere un sistema giuridico speciale, autonomo dal diritto comune e fortemente condizionato dalla supremazia dell'apparato, capace di rispondere all'aumento delle funzioni amministrative e in grado di assicurare alle istituzioni « necessarie » dello Stato, alle istituzioni che si legittimano per la loro stessa effettività, la possibilità di realizzare una più forte coesione del tessuto sociale.

In un momento in cui più laceranti apparivano le contraddizioni dello Stato liberale, in cui più allarmate divenivano le preoccupazioni per la capacità delle istituzioni di assorbire al proprio interno i nuovi soggetti che, al di là del consueto trinomio Stato, cittadini, corpi locali, si presentavano sulla scena del diritto pubblico, in cui un solco sempre più profondo si scavava tra le visioni pacificate e ottimistiche che nello « Stato giuridico » vedevano un modello capace di ridurre progressivamente la discrezionalità degli organi governativi e di estendere le situazioni soggettive dei cittadini, e quelle più consapevoli delle trasformazioni in atto che proprio sull'essenzialità del potere discrezionale erigevano un nuovo primato degli apparati amministrativi sulla legislazione e sulla giurisdizione, maturavano anche le condizioni che determineranno una progressiva alterazione degli equilibri consolidati nel campo della tutela del cittadino, che ribalteranno la centralità del giudice ordinario a vantaggio di un nuovo giudice « unico » e « speciale » dei fatti amministrativi, il Consiglio di Stato.

⁽¹⁰⁶⁾ Approfondiremo questi profili nelle prime pagine del prossimo capitolo.

Si pongono le fondamenta delle future costruzioni dogmatiche, si delineano le teorie parziali che costituiranno l'asse portante della futura teoria generale: così gli studi sul demanio rispondono al progetto di recuperare al campo del diritto pubblico anche la sfera dei diritti patrimoniali rompendo l'identità consolidata che aveva sempre legato rapporti giuridici patrimoniali e rapporti di diritto civile⁽¹⁰⁷⁾, così i lavori sulle concessioni e sulle autorizzazioni testimoniano la necessità di ricondurre alla specialità del diritto amministrativo l'attività del contrarre, delineano schemi giuridici che favoriscono ampi poteri di revoca e limitazioni di responsabilità patrimoniali per la pubblica amministrazione, sanciscono una crescente residualità del concetto di diritto soggettivo a vantaggio di quell'interesse legittimo che da soluzione interpretativa di un difficile problema esegetico tendeva ormai a porsi come elemento centrale e caratterizzante lo stesso rapporto amministrativo⁽¹⁰⁸⁾.

Emerge in particolare la tendenza a ricercare linee di teoria generale specifiche per il diritto pubblico, che si sottraggano ai pe-

(107) ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, cit., p. 141: « l'esistenza del diritto pubblico patrimoniale, che Jellinek, con vedute unilaterali esclude, secondo noi non può essere messa in dubbio ». Sulla formazione di una patrimonialità di stampo pubblicistico parallelamente alla recezione in Italia dell'opera di Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895) cfr. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nel pensiero di Santi Romano* (relazione al convegno: *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra otto e novecento*, Bologna 8-10 novembre 1984, i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione).

(108) RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. 3^a, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, XIX (1895), pp. 3 e ss. (in particolare il capitolo 3^o: *Natura giuridica delle facoltà del concessionario e dell'autorizzato*, in *ibid.*, XXII (1896), pp. 177 e ss.). Su quest'opera, nella quale Ranelletti introduceva il concetto di interesse legittimo nella teoria generale confermando il legame col potere discrezionale (*ibid.*, vol. XXII - pp. 259-60: « daremo il nome d'interesse legittimo ad una facoltà dipendente nella sua essenza dall'interesse pubblico, finché è lasciato all'autorità amministrativa il potere discrezionale di apprezzamento dei requisiti subbietivi e obbiettivi necessari per l'esistenza di questa facoltà in questa data persona. quando cessa il potere discrezionale avremo il diritto subbietivo »), si veda l'analitica ricostruzione di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 89 e ss..

santi condizionamenti della teoria generale del diritto civile, che esprimano la peculiarità del potere, l'autonomia scientifica del diritto amministrativo, la sua specialità di diritto rivolto agli organi amministrativi ⁽¹⁰⁹⁾.

Il potere discrezionale diventa così il cardine dell'intero sistema del diritto amministrativo, l'elemento che ne condiziona gli istituti e ne sancisce la specialità, il frutto di una peculiare relazione tra norma e potere amministrativo: la discrezionalità, la sfera negativa dell'amministrazione pura ha ormai conquistato la teoria generale, è divenuta il simbolo stesso dell'azione amministrativa, della capacità della pubblica amministrazione di realizzare una interpretazione più « intima » della volontà legislativa, interdetta all'autorità giudiziaria e garantita dai « controlli semplici e contenziosi » eseguiti dalla stessa amministrazione ⁽¹¹⁰⁾.

Si rompe l'identica soggezione alla legge dei soggetti pubblici e privati, viene meno anche la possibilità teorica di una giurisdizione unica per le controversie di diritto civile e di diritto amministrativo; il modello dello « Stato giuridico » si apre ad una rinnovata centralità degli apparati amministrativi.

« Nessun dubbio che lo Stato moderno tenda, nei limiti del possibile, a far sì che ogni atto della pubblica amministrazione e ogni rapporto di quest'ultima con i sudditi sia, per regola generale,

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. a titolo esemplificativo ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurispr. it.*, 1898, ora in *Id.*, *Scritti minori*, vol. 2, *Diritto amministrativo*, cit., p. 91, per il quale le sanzioni disciplinari dell'amministrazione non possono essere ricondotte ai poteri disciplinari del diritto privato, ma rappresentano « le sanzioni *specifiche* degli stati di sudditanza speciali ». Così per il rapporto tra lo Stato e le persone giuridiche pubbliche si veda la formulazione del concetto di « autarchia » (ROMANO, *Decentramento amministrativo*, cit., pp. 43 e ss.), problema per il quale rinviamo a A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia. Alle origini del problema della 'crisi dello Stato'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII (1982-83), tm. I, pp. 653 e ss..

⁽¹¹⁰⁾ ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*. Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo nell'Università di Palermo, in *Il Filangieri*, 1899, ora in *Id.*, *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, cit., p. 95 e p. 96. Cfr. anche le pp. 93-4 nelle quali Romano sostiene la necessità di una teoria dell'interpretazione che, affrancatasi dal giogo civilistico, risponda alle peculiari esigenze del diritto pubblico.

un'applicazione, una traduzione in atto delle norme di diritto obiettivo »: ma a questa tendenza, che sanziona la soggezione della persona giuridica dello Stato al diritto, si contrappone la libertà discrezionale dell'amministrazione, apparentemente un'eccezione, in realtà un principio « con valore e dignità di regola non meno fondamentale della prima » ⁽¹¹¹⁾, che esprime i limiti dell'imperatività della norma diretta allo Stato, che ne determina la trasformazione per il solo « fatto di ricadere e ritornare nell'ambito della sovranità » ⁽¹¹²⁾.

Sul piano delle situazioni di vantaggio dei cittadini nelle loro relazioni col potere le conseguenze di questi principi non si sarebbero fatte attendere: il prevalere dei « diritti minori » sulla tradizionale centralità del diritto soggettivo, il venir meno della pienezza del rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino avrebbero presto rappresentato il frutto logico e necessario di questo rinnovato primato del potere amministrativo.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, p. 103: « accanto a questo principio, ne vige però un altro che, se logicamente e in riguardo alla suddetta tendenza, ad esso forma eccezione, ha nella vita reale una così grande importanza e ricorre in un campo così vasto, che, da tale punto di vista, assume senza dubbio valore e dignità di regola non meno fondamentale della prima; alludiamo, come si vede, a quei rapporti in cui l'autorità amministrativa interviene rivestita di un potere discrezionale ».

⁽¹¹²⁾ BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI-XII (1982-83), tm. 2, p. 1026.

PARTE TERZA

**LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
NEL « SISTEMA » DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

CAPITOLO PRIMO

L'APPRODO ALLA TEORIA GENERALE: L'AUTONOMIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL SISTEMA DI SANTI ROMANO

Premessa. — 1. « Libertà » dell'amministrazione e specialità delle forme d'azione del potere pubblico. — 2. L'interesse legittimo nella teoria della « libertà » dell'amministrazione: da « espediente » esegetico a categoria fondamentale dei rapporti di diritto amministrativo.

Premessa.

Già dalla seconda metà degli anni '90 — come abbiamo visto — si era fatta sensibile, nella scienza amministrativistica italiana, la tendenza ad inserire le problematiche della giustizia amministrativa in disegni teorici dalle evidenti linee generali: superata la fase più strettamente esegetica, che le difficoltà interpretative della legge istitutiva della IV sezione ed i problematici coordinamenti con la legge abolitiva del contenzioso avevano reso particolarmente tormentata, i giuristi avevano offerto un primo quadro sistematico dell'ordinamento della tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, avevano delineato le prime complessive sintesi teoriche.

Così le opere di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara avevano rappresentato il tentativo più importante di aggiornare il primato e la centralità del giudice ordinario in relazione alle nuove competenze della IV sezione, avevano costituito le formalizzazioni più sofisticate dei consolidati equilibri tra giustizia e amministrazione, tra libertà del cittadino e autonomia degli apparati, fissati al momento dell'unificazione ed ora rinnovati alla luce delle riforme introdotte con le leggi crispine.

Per più aspetti quindi queste opere, pur rappresentando una svolta sicuramente rilevante nei confronti della precedente lette-

ratura esegetica, erano rimaste ancorate ai modelli tradizionali e le novità dogmatiche, che avevano portato per esempio Mortara ad offrire una versione particolarmente raffinata della linea processuale del *petitum*, avevano continuato ad esprimere un progetto complessivo che non aveva rinunciato alla centralità del diritto soggettivo e che aveva anzi voluto tradurre in termini giuridici il modello ideale di un ordinamento capace di vincolare in modo sempre più stretto i margini di autonomia del potere amministrativo ad una crescente evoluzione e ad un più incisivo potenziamento delle situazioni soggettive di vantaggio dei cittadini.

In questo senso significativa era stata la posizione assunta da Orlando e Mortara nei confronti del potere discrezionale: se nel giurista siciliano il tema della discrezionalità amministrativa era stato affrontato, secondo parametri ormai consueti, in diretta funzione della soluzione dei problemi del riparto, delle questioni di competenza e non si era tradotto in una definizione specifica dell'attività amministrativa, che proprio sulla base della discrezionalità ne individuasse i caratteri peculiari, in Mortara questa stessa discrezionalità, ricondotta a rigorosi parametri di legittimità, arrivava ad incidere soltanto sull'estensione dei poteri di cognizione del giudice e non alterava il disegno globale di un'amministrazione completamente sottoposta al sindacato giurisdizionale⁽¹⁾.

Nel decennio invece che si apre nel 1901 con i *Principii di diritto amministrativo italiano* di Santi Romano e che vede il dispiegarsi di opere dal rilevante impegno dogmatico, dal *Commentario al Corso* di Federico Cammeo, sino, quasi a conclusione di questo intenso decennio in cui si fissarono le teorie generali dell'azione amministrativa, ai *Principii* di Oreste Ranelletti nel 1912⁽²⁾ — anno in cui fece la sua comparsa anche la terza edizione del volume di Romano — se da un punto di vista metodologico si può dire

(1) Cfr. *retro* pp. 297 e ss. e pp. 313 e ss..

(2) Facciamo riferimento rispettivamente a ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, 2 voll., Padova, 1911; RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912. Di queste opere in particolare dovremo infatti tener conto nelle prossime pagine per collegare le linee del dibattito amministrativo nel primo decennio del secolo.

che la giuspubblicistica riusciva a realizzare nel campo del diritto amministrativo il progetto orlandiano della costruzione di un « sistema di principi giuridici sistematicamente coordinati », è anche vero però che la fedeltà al progetto della scuola del metodo giuridico si realizzava attraverso il superamento dei modelli sostanziali che avevano animato le ricostruzioni del giurista siciliano, attraverso la rottura di quell'ideale di « Stato giuridico » che, pur ispirato ad un generale primato dell'istituzionale sul politico, non si era mai tradotto in un primato degli apparati amministrativi nel sistema politico costituzionale.

Le continuità metodologiche, gli sforzi crescenti della scienza amministrativistica nel « costruirsi una problematica propria »⁽³⁾, la creazione di una sempre più salda autonomia scientifica del diritto amministrativo, il consolidarsi dell'approdo alla teoria generale, si perfezionano quindi all'insegna di un nuovo modello amministrativo consapevole delle trasformazioni in atto ed ispirato ad una rinnovata « necessità » e libertà del potere della pubblica amministrazione.

Con l'inizio del secolo giungono cioè a maturazione i fermenti che si agitavano nel dibattito giuridico sin dalla fine degli anni '90: le teorie generali che si delineano a partire dal volume di Romano interpretano una nuova concezione dell'amministrazione, la centralità che il potere discrezionale ha assunto nel sistema amministrativo, traducono in principi giuridici i nuovi modelli amministrativi.

La teoria della « libertà » dell'amministrazione si pone al centro delle nuove ricostruzioni teoriche, riduce l'ideale dello « Stato giuridico » ad espressione tralatizia e di scarso rilievo semantico, rifiuta in particolare la tendenziale prevalenza assegnata nel modello dello *Justizstaat* all'autorità giudiziaria e alla funzione dichiarativa di controllo giuridico dell'uso del potere pubblico, disegna le linee autonome e speciali che il diritto degli apparati amministrativi conquista rispetto al diritto comune.

La centralità che la persona giuridica dello Stato aveva già raggiunto in un progetto formatosi, sin dai dibattiti degli anni '80,

(3) GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 255.

intorno al potenziamento del polo istituzionale nei confronti delle tensioni politiche e sociali si sviluppa e si traduce in uno statuto speciale della funzione amministrativa rigidamente costruito a sistema, eretto su principi che tendono ad assumere il carattere dell'indiscutibilità: i concetti di autarchia, di autotutela, di esecutorietà, il rifiuto di qualsiasi contrattualismo e l'opzione rigorosa per la riduzione di ogni manifestazione del potere ad atto di autorità e di supremazia, accanto ad una sempre più evidente erosione delle attribuzioni del giudice ordinario a vantaggio di una salda centralità del giudice amministrativo nell'ordinamento della tutela, esprimono il nuovo ruolo e le crescenti funzioni affidate agli apparati nelle relazioni tra istituzioni e società, negli equilibri tra i poteri dello Stato.

Pur rappresentando una naturale evoluzione delle « teorie generali » degli anni '90, le sintesi teoriche del potere amministrativo che si delineano in questo primo decennio del nuovo secolo avrebbero quindi ampiamente trasfigurato quell'equilibrata ed armonica coesistenza tra libertà e autorità, tra diritto soggettivo e potere discrezionale, tra primato del Parlamento e autonomia degli apparati che sin dagli anni '80 aveva caratterizzato l'interpretazione italiana del progetto del *Rechtsstaat*.

1. « Libertà » dell'amministrazione e specialità delle forme d'azione del potere pubblico.

La conferma più autorevole e significativa dell'ormai raggiunta capacità della scienza giuridica di delineare una sintesi teorica complessiva del potere amministrativo fu offerta all'inizio del secolo dalla pubblicazione dei *Principii di diritto amministrativo italiano* (4) di Santi Romano: l'obiettivo di fare del diritto ammini-

(4) L'opera che risaliva al 1901 conobbe anche una seconda ed una terza edizione, rispettivamente nel 1906 e nel 1912, che rispetto all'impianto originale presentano aggiustamenti soltanto marginali: citeremo comunque — salvo diversa indicazione — dalla prima edizione. Non giunse in porto invece il tentativo di dar vita ad una quarta edizione interamente riveduta: il progetto, interrotto dalla morte dell'autore (1947) è testimoniato da alcune pagine inedite ora pubblicate in ROMANO, *Scritti minori*, vol. 2°, *Diritto amministrativo*, cit, pp. 361 e ss., col titolo *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*.

strativo « un sistema scientificamente autonomo »⁽⁵⁾ si realizza infatti nelle pagine dell'allora appena ventiseienne giurista palermitano⁽⁶⁾ nella chiara e lucida consapevolezza di aver ormai equiparato le trattazioni amministrative alla dignità delle teorie generali del diritto privato e commerciale, di aver estrapolato dalla « selva così intricata »⁽⁷⁾, in cui la molteplice empiricità e gli specifici caratteri tecnici delle singole attività della pubblica amministrazione avevano confinato il diritto amministrativo, i principi giuridici generali dell'agire del potere pubblico.

La « tendenza dogmatica »⁽⁸⁾, la concezione programmaticamente elaborata che la funzione della scienza amministrativistica non potesse limitarsi ad una semplice descrizione delle varie branche di attività pubblica, ma dovesse necessariamente tradursi nella « costruzione di teorie giuridiche »⁽⁹⁾, trovano in Santi Romano

(5) ROMANO, *Principii*, cit., p. 13, mentre per la rivendicazione « del faticoso, ma importantissimo procedimento di integrazione e di correzione di concetti un tempo esclusivamente privatistici che è stato iniziato dai moderni pubblicisti », fondamentale il rinvio a ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 (citiamo dalla ristampa della seconda edizione (1946), Firenze, 1977, p. 8), in cui lo specifico pubblicistico ormai reclama una propria teoria generale, riguarda « la stessa definizione del diritto », sancisce l'abbandono della teoria « privatistica » del diritto come norma per la teoria del diritto come istituzione. Sul punto si vedano BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, 1977, ora in BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, spec. p. 179; FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nel pensiero di Santi Romano*, cit..

(6) Il nostro interesse per la complessa figura di Santi Romano (Palermo 1875-Roma 1947) si limita necessariamente in queste pagine all'esame dei contributi che il giurista siciliano portò alle materie amministrative: in generale su questo tema cfr. A. AMORTH, *Santi Romano e le discipline giuridiche. Il diritto amministrativo*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 111 e ss..

(7) ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, p. XIII (dalla *Prefazione* alla seconda edizione).

(8) GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 247.

(9) All'obiezione di Ranelletti (*Recensione* a ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 105-6) secondo il quale la costruzione delle teorie giuridiche doveva essere ancora riservata allo studio mo-

l'esponente principale, il « vero » realizzatore — se si considera il carattere ancora prevalentemente esegetico-descrittivo che caratterizzava l'iniziativa, inaugurata pochi anni prima, del *Trattato* ⁽¹⁰⁾ — del progetto orlandiano di « ricostruzione giuridica del diritto pubblico » applicato ai rapporti tra cittadino e amministrazione.

Una precisa delimitazione di compiti tra diritto costituzionale e amministrativo permetteva a quest'ultimo, risolte nell'ambito dei « principii generali del diritto pubblico » le difficili antinomie tra la sovranità e i suoi limiti, tra il potere e il diritto, tra lo Stato e le tensioni che laceravano il corpo sociale, di costruirsi sulla base di una sistemazione teoricamente compiuta, dall'inattaccabile valore dogmatico, arroccata intorno alla centralità della persona giuridica dello Stato e alle sue manifestazioni di volontà, saldamente garantita dalla possibilità di assorbire la pluralità dei soggetti istituzionali, di riunificare il tessuto politico e amministrativo ⁽¹¹⁾.

nografico e non assegnata ad « un manuale elementare che ha scopi didattici » e che « non deve costruire teorie, ma esporle », e per il quale la trattazione dei fatti amministrativi doveva essere ancora suddivisa tra una parte generale e preliminare ed una esposizione autonoma dei singoli istituti — indirizzo metodologico che lo stesso Ranalletti cercherà di attuare con la pubblicazione dei *Principii* del 1912 — Romano replicava riconfermando la necessità dell'elaborazione dogmatica e « scientifica » dell'attività amministrativa: « a me premeva dar la prova che la nostra disciplina ha ormai oltrepassato lo stadio in cui non si trovava modo di esporla che seguendo ad una ad una le singole attività degli enti amministrativi e descrivendo tali attività così come nel fatto esse si esplicano, ma che invece è ora possibile, anzi necessario, organizzare tale esposizione avendo riguardo a quei nessi delicati, ma sostanziali, che l'indagine scientifica è venuta mano mano scoprendo e che permettono una classificazione dei vari rapporti di diritto cui la pubblica amministrazione dà luogo » (ROMANO, *Prefazione ai Principii*, 2^a ed., cit., p. XII). Sulla coesistenza di una pluralità di tendenze metodologiche nella scienza amministrativistica italiana di fine secolo cfr. GIANNINI, *Profili storici*, cit., pp. 246 e ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *retro* nota n. 8 cap. 3^o/2^a pt..

⁽¹¹⁾ Su rapporti tra diritto costituzionale e amministrativo cfr. ROMANO, *Principii*, cit., pp. 5 e ss.; ID., *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1903, ora in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 201 e ss. Un'analisi delle problematiche cui accenniamo nel testo ed alle quali Romano dedica in questi anni i suoi scritti di diritto costituzionale è in FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., pp. 193 e ss..

Emerge un disegno monolitico della funzione amministrativa, della « vera attività statale »⁽¹²⁾, determinato a livello dell'organizzazione dal concetto di autarchia che riconduce gli enti territoriali ed istituzionali ad « organi di amministrazione indiretta dello Stato »⁽¹³⁾, ad un'unità amministrativa che si realizza anche per l'assimilazione dell'attività sulla base dell'esercizio di una comune potestà d'*imperium* e che quindi si esprime sul piano delle forme di manifestazione dell'agire amministrativo in una generalizzazione della potestà di supremazia che sottolinea la specialità degli istituti, il loro contenuto autoritativo, la loro irriducibilità agli schemi del diritto privato per l'impossibilità di un concorso equivalente ed armonico delle volontà dello Stato e del cittadino nella formazione del rapporto amministrativo.

E questo disegno così generale, ma anche così unitario della funzione amministrativa, si forma intorno a quella diversa definizione di amministrazione, di quel nuovo rapporto tra legge e attività amministrativa che avevano già fatto la loro comparsa negli scritti programmatici e nei lavori monografici dello stesso Romano e di Oreste Ranalletti della fine degli anni '90 e che diventano ora i principali postulati teorici sui quali innalzare l'intero sistema amministrativo.

Nel momento in cui non si trattava più tanto di rafforzare nei confronti dei poteri parlamentari le prerogative del monarca « capo dell'amministrazione »⁽¹⁴⁾, ma di stabilire un nuovo primato degli apparati amministrativi, di potenziare i detentori della continuità del potere pubblico di fronte ai nuovi e crescenti compiti

(12) ROMANO, *Principii*, cit., p. 2: « lo Stato deve, a tal riguardo, considerarsi come tutte le altre persone: esso ha numerosi compiti cui adempiere, per mezzo di singoli atti che traggono origine dalla sua volontà. Com'è naturale siffatta volontà è regolata da leggi, ma tali regole presuppongono la vera attività statale, non la costituiscono, e, tanto meno, l'esauriscono ». L'attività amministrativa si confermava così — come vedremo meglio nelle prossime pagine — « unica funzione essenziale » tra le forme di manifestazione della sovranità.

(13) *Ibid.*, p. 63. Oltre alle indicazioni fornite *retro* nota 109 cap. 3°/2^a pt., cfr. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1968, pp. 52 e ss..

(14) KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, cit., p. 107.

assegnati alle istituzioni, di fissare più saldi fattori di legittimazione della classe dirigente, di erigere più sicuri baluardi per arginare le impetuose tensioni sociali, la teoria della « libertà » dell'amministrazione aggiornava il proprio contenuto ideologico, forniva al diritto amministrativo la cornice in cui inserire la ricostituita importanza dell'amministrazione nell'organizzazione del potere pubblico.

Se in Vittorio Emanuele Orlando l'attribuzione di una volontà e di una pluralità di fini alla personalità giuridica dello Stato, affermata in sede di « diritto pubblico generale », non si era tradotta sul piano dell'organizzazione delle forme di manifestazione della sovranità in una rinuncia alla centralità del principio di divisione dei poteri ed in un superamento del modello che ancorava l'attività amministrativa all'esecuzione di legge, nelle pagine di Santi Romano l'esistenza di una « volontà » dello Stato diventa la condizione preliminare in base alla quale stabilire che la funzione amministrativa non può « costituirsi » né « esaurirsi » nell'esecuzione del dettato normativo ⁽¹⁵⁾.

Ormai per Santi Romano nei confronti della funzione legislativa « lo Stato — identificato in questa prospettiva con la stessa amministrazione — deve considerarsi come tutte le altre persone: esso ha numerosi compiti cui adempiere, per mezzo di singoli atti che traggono origine dalla sua volontà » ⁽¹⁶⁾.

La personificazione dello Stato, l'equiparazione della capacità del soggetto artificiale all'agire ed al volere dei soggetti naturali, l'utilizzazione nel contesto pubblicistico di postulati di derivazione privatistica, hanno in questo caso lo scopo preciso di rompere l'identità tra Stato e diritto, di garantire all'amministrazione una « libertà dal diritto » ⁽¹⁷⁾ che consolida la sua autonomia di potere, di

⁽¹⁵⁾ Su Orlando cfr. *retro* pp. 291 e ss., mentre le frasi citate nel testo sono in ROMANO, *Principii*, cit., p. 2.

⁽¹⁶⁾ ROMANO, *Principii*, cit., p. 2.

⁽¹⁷⁾ KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, cit., p. 101: « la tendenza a concepire la funzione amministrativa dello stato al di fuori del diritto ... si manifesta anche nel tentativo di differenziare giurisdizione e amministrazione caratterizzando questa rispetto a quella come essenzialmente *libera*. Questa *libertà* dell'amministrazione è da intendere naturalmente nel senso di libertà dal diritto ».

fissare alla sua azione un fondamento originario e peculiare che prescinde dalla legittimazione legislativa e che esalta la necessità della funzione, la centralità degli apparati nel sistema politico costituzionale.

Il principio secondo il quale l'ordinamento giuridico impone all'amministrazione « soltanto dei limiti entro i quali la lascia comunemente libera, in modo che nella effettiva e concreta volontà dello Stato, e non soltanto in generali precetti giuridici, hanno il loro fondamento gli atti relativi »⁽¹⁸⁾ diventa così da una parte il preminente elemento concettuale in base al quale distinguere amministrazione da giurisdizione, ma dall'altra e più in generale l'essenziale canale teorico attraverso il quale tradurre in istituti giuridici il nuovo ruolo degli apparati amministrativi.

La teoria della « libertà » dell'amministrazione svolge cioè una precisa funzione politica, diventa la chiave di volta dell'intero sistema amministrativo: la cesura che si apre con le concezioni tradizionali del fondamento del potere amministrativo non si esaurisce in una contrapposizione tra costruzioni più o meno realistiche della funzione amministrativa giocate all'interno di una comune sottoposizione al diritto dell'amministrazione, di un identico modello di *Rechtsstaat*, di una spinta convergente alla limitazione del potere attraverso il diritto.

L'accantonamento del principio che individua nell'esecuzione di legge il fondamento dell'attività amministrativa ha un chiaro ruolo ideologico, riscopre la funzione originaria e indispensabile degli apparati amministrativi: non si vuole tradurre in termini giuridici la naturale frattura tra l'astrattezza della proposizione normativa e la concretezza dell'agire amministrativo, l'impossibilità per la norma di offrire una regolamentazione esaustiva e predeterminata della fattispecie, ma fondare su un'autonoma capacità di legittimazione una massimizzazione dei poteri autoritativi che accentua la soggezione del cittadino, la cedevolezza delle situazioni soggettive individuali nei confronti dell'organo e del potere, non della norma e dell'ordinamento.

È vero che se si considera il superamento largamente nominalistico che la concezione della « libertà » dell'amministrazione

(18) ROMANO, *Principii*, cit., p. 2.

conosceva nella scienza amministrativistica italiana ad opera di Guido Zanobini, il recupero, praticamente privo di conseguenze per la concreta sistemática amministrativa, del principio della legge come « volontà interna », « immanente » dello Stato⁽¹⁹⁾, se si considera la stessa decisa inversione di rotta che sul punto registra il *Corso* romaniano del 1930 rispetto alle posizioni dei primi anni del secolo⁽²⁰⁾, si sarebbe inclini ad inserire questa alternativa ricostitutiva all'interno di un'oscillazione tra valenze tendenzialmente coincidenti e relative ad un livello formale di carattere prevalentemente terminologico.

(19) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 205: sul carattere nominalistico di molte innovazioni contenute in questa prolusione del 1924 — su cui già le osservazioni di F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, pp. 9-10 e p. 29 — dovremo tornare nei prossimi capitoli.

(20) ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, pp. 39-40: anche quando l'amministrazione « è libera, non si tratta mai di quella libertà che la legge concede ai privati ... la libertà della pubblica amministrazione non è che quella che dà luogo alla figura del potere discrezionale. Questo permette al suo titolare di valutare gli interessi per cui l'esercita, ma vieta che di tale valutazione egli possa prescindere. Non solo, ma si deve anche tener presente che le finalità che può proporsi l'amministrazione debbono corrispondere a quelle che sono, sia pure genericamente, determinate dalla norma da cui il potere discrezionale deriva: altrimenti, si ha un'azione viziata di « eccesso di potere ». In questo senso il diritto costituisce per essa, oltre che un limite negativo, una norma positiva, che deve eseguire ». Per una conferma dell'approdo esclusivamente nominalistico della scienza italiana del diritto amministrativo al principio di legalità dell'azione della pubblica amministrazione può essere utile confrontare questa pagina del *Corso*, così importante per l'evoluzione della costruzione giuridica del problema del potere discrezionale, con le affermazioni che Romano pronunciava l'anno precedente, nel 1929, in occasione del suo insediamento a Presidente del Consiglio di Stato, e nelle quali rivendicava, a cardine della politica istituzionale fascista, « la riorganizzazione e il rafforzamento del potere esecutivo, finalmente restituito a quella posizione preminente che la salvezza dello Stato urgentemente reclamava » (*Discorso di S.E. Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, V (1929), IV, p. 4. L'aggiornamento concettuale del *Corso* e la raggiunta « legalità » dell'azione amministrativa si collocano comunque a valle della « svolta » definitoria rappresentata dalla prolusione di Guido Zanobini citata alla nota precedente e sulla quale torneremo ampiamente nell'ultimo capitolo del lavoro: rinviamo pertanto *infra* pp. 457 e ss..

La svolta definitoria di fine secolo si ridurrebbe quindi all'adesione ad una concezione dell'agire amministrativo e più in particolare della discrezionalità, ampiamente condizionata dalla recezione di schemi dogmatici civilistici, utilizzati in modo prevalente per la teoria generale dell'atto amministrativo⁽²¹⁾, ed in ultima analisi dall'eccessivo appiattimento delle « problematiche » amministrative su quelle del diritto privato, determinato dal ricorso della giuspubblicistica alla tecnica e agli strumenti dogmatici elaborati dalla pandettistica⁽²²⁾.

In realtà l'analogia tra la persona fisica del soggetto di diritto privato e la persona giuridica dello Stato che fonda l'idea di un'attività amministrativa nei « limiti » del diritto, analogia su cui si appunteranno le critiche di Kelsen⁽²³⁾ e contro la quale si indirizzerà il nuovo tentativo definitorio di Zanobini, non rappresentava la conseguenza accidentale dell'utilizzazione di schemi dogmatici che nella teoria generale del diritto civile erano funzionali all'affermazione della « signoria della volontà » dell'individuo, ma l'arbitraria trasposizione nel campo dei rapporti tra i poteri dello Stato di principi su cui costruire un sistema amministrativo ispirato alla libertà del potere.

Non è infatti un caso se l'utilizzazione degli schemi dogmatici elaborati dalla scienza civilistica non ha determinato — se si eccettuano i delicati equilibri teorici tra autorità e libertà di Federico Cammeo⁽²⁴⁾ — una crescita del tasso di negozialità dell'agire della pubblica amministrazione, ma al contrario un'accentuazione dei caratteri speciali del diritto amministrativo⁽²⁵⁾ culminato nell'elabo-

(21) Cfr. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 75.

(22) È la nota tesi di GIANNINI, *Profili storici*, cit., pp. 248 e ss..

(23) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 496: « die Auffassung der Verwaltung als freie Tätigkeit des Staates innerhalb der Rechtsschranken ist sichtlich das Resultat einer Analogie zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates. Diese Analogie ist aber unhaltbar ».

(24) La complessa figura intellettuale di Federico Cammeo sarà oggetto del prossimo capitolo.

(25) Cfr. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, cit., p. 1879, che ricorda « come l'applicazione degli schemi pandettistici al provvedimento amministrativo avesse sortito molto di più

razione dell'efficacia imperativa ed esecutoria che al provvedimento deriva non da un precetto normativo, ma dalla « propria natura » di atto di esercizio del potere sovrano ⁽²⁶⁾.

Nella costruzione del rapporto amministrativo predominante e assorbente rimane la potestà di « supremazia » del soggetto pubblico ⁽²⁷⁾, mentre la condizione del soggetto privato denuncia chiaramente la propria accessorietà, una rilevanza giuridica necessaria per la possibilità stessa del rapporto, ma strettamente funzionale alle limitazioni se e in che misura apportate a quella originaria e preminente posizione di supremazia.

La puntigliosa precisione di Romano nel distinguere l'efficacia della manifestazione di volontà contenuta nell'atto amministrativo da quella del negozio di diritto privato per l'irriducibilità del primo alla posizione di uguaglianza tipica del secondo, la rigida esclusione della stessa possibilità teorica di un contratto di diritto pubblico in quanto la natura giuridica del soggetto individuale e di quello amministrativo « anche quando l'uno appare non soggetto all'altro in virtù del suo *status libertatis*, è troppo diversa perché si possa concepire il loro armonico ed *equivalente* concorso nella formazione di un medesimo atto » ⁽²⁸⁾, individuano chiaramente i limiti dei

effetti di valorizzazione o comunque di protezione della carica autoritaria dell'atto, che di esaltazione degli aspetti garantistici ».

⁽²⁶⁾ U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, XVIII (1901), ora in *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1976, p. 50. Si veda anche BORSI, *L'atto amministrativo complesso. Contributo alla teoria degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, 1903, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, cit., p. 198, per il quale mentre il negozio privato rappresenta il « riflesso dell'ordinamento giuridico eccitato dalla volontà del privato », « la dichiarazione della volontà pubblica determina essa stessa il diritto obiettivo, sia pure valevole per un caso solo ». Come vedremo più precisamente nelle pagine seguenti Borsi utilizzava a questo proposito la definizione che Otto Mayer aveva dato dell'atto amministrativo.

⁽²⁷⁾ ROMANO, *Principii*, cit., p. 35.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 47. Del resto anche per chi come U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giurispr. ital.*, 1900, ora in *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Roma, 1937, pp. 359, cercava di applicare qualche schema contrattualistico ad alcune concessioni amministrative, era pur sempre necessario precisare che l'accordo tra la volontà dello Stato e del soggetto privato, il superamento dell'« ineguaglianza giuridica » dei due soggetti, potevano realizzarsi solo nell'ambito dello *status libertatis*, in una

prestiti dogmatici e terminologici che la giuspubblicistica traeva dalla teoria generale del diritto civile, la loro necessaria rispondenza ad un tentativo di sistemazione teorica delle forme di azione dell'autorità⁽²⁹⁾.

La stretta interdipendenza tra diritto pubblico e dimensione autoritativa trova quindi nella definizione degli atti amministrativi come « manifestazioni di volontà di enti dotati di supremazia »⁽³⁰⁾ un'importante conferma, nella « unhaltbare Analogie » « zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates »⁽³¹⁾ il fulcro per costruire intorno alla volontà degli apparati, preesistente ed indipendente dal dettato normativo, un sistema razionale degli atti dell'autorità scientificamente autonomo, ormai « suscettibile di bastare a sé stesso »⁽³²⁾.

L'attribuzione romaniana direttamente all'amministrazione dell'« effettiva e concreta volontà dello Stato » non rappresenta così la condizione per una descrizione « realistica » della funzione amministrativa, che pure si vuole definire come attività di perseguimento di scopi e di finalità materiali; la stessa assimilazione del-

sfera estranea al rapporto di soggezione. Sulle pur modeste aperture teoriche presenti in questo lavoro di Forti rinviamo a D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 125 e ss..

⁽²⁹⁾ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 546-7, per il quale l'accostamento dell'atto amministrativo al negozio servì per distinguere il provvedimento in senso stretto dagli atti strumentali o interni e per delinearne un sistema d'invalidità degli atti amministrativi.

⁽³⁰⁾ ROMANO, *Principii*, 2ª ed., cit., p. 56: l'espressione compare nella seconda edizione, ma già nella prima è chiaro che i « negozi di diritto pubblico » (le « dichiarazioni di volontà che abbiano per effetto la nascita, la modificazione o l'estinzione di un diritto ») « differiscono profondamente » dai negozi di diritto privato « in quanto sono manifestazione di una volontà superiore » (*Principii*, 1ª ed., p. 44).

⁽³¹⁾ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 496: l'analogia era naturalmente « insostenibile » solo per Kelsen che criticava una definizione di amministrazione « durchaus materielle » (« in diesem Sinne ist Verwaltung eine Tätigkeit, die vom Rechte ganz unabhängig, ja sogar ohne Rechtsordnung denkbar ist: 'Verwaltung' ist ein *wirtschaftlicher*, kein Rechtsbegriff », p. 493) e pertanto irriducibile alla sua « formaljuristische Konstruktion », una definizione di cui Kelsen tuttavia avvertiva anche la stretta funzionalità ad un assetto costituzionale incentrato sul primato degli apparati amministrativi.

⁽³²⁾ ROMANO, *Principii*, cit., p. 13.

l'agire pubblico all'agire del soggetto privato non avviene in nome del superamento del principio « formalistico » dell'esecuzione di legge per una descrizione ben più effettiva e pregnante della « cura degli interessi dello Stato », più adeguata a quella difficile coesistenza tra politicità dell'azione e giuridicità della regola che in definitiva agli occhi dei giuristi aveva sempre differenziato il diritto dell'amministrazione pubblica⁽³³⁾ dall'integrale permeabilità alla norma che caratterizzava invece la funzione giurisdizionale, non mette a nudo la precaria giuridicizzazione delle forme di espressione del potere statale.

Il principio di un'autonoma volontà amministrativa diventa piuttosto lo strumento tecnico grazie al quale tradurre sul piano delle forme d'azione del potere pubblico la rinnovata libertà degli apparati: l'analogia tra la posizione dell'amministrazione nel sistema politico costituzionale e la sfera di autonomia che caratterizza invece la condizione del soggetto individuale nell'ordinamento non s'inserisce quindi soltanto in una vicenda metodologica scandita dall'apporto dogmatico e problematico delle più mature discipline civilistiche alla costruzione — sulla falsariga dell'indirizzo già proposto da Orlando — delle teorie generali del diritto amministrativo, in un tentativo di far convergere provvedimento e negozio in una categoria unitaria di atti giuridici, ma vuole esprimere la posizione conquistata dall'amministrazione negli equilibri tra i poteri, la capacità degli apparati d'impersonare autonomamente la volontà dello Stato.

La « scoperta » che l'attività amministrativa non può consistere « soltanto nella materiale esecuzione delle disposizioni legislative », l'applicazione dello schema persona giuridica, dichiarazione di volontà, atto amministrativo, producono così conseguenze immediate e tangibili: l'amministrazione « presuppone necessariamente un volere diverso nella sua essenza da quello degli organi legislativi »⁽³⁴⁾, esprime una propria autonoma legittimazione, la

⁽³³⁾ Per tutti cfr. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 18, secondo il quale nel diritto amministrativo convivevano « due parti distinte: una giuridica, l'altra regolamentare, l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico; l'altra dove campeggia l'arte della politica e dell'amministrazione, il meccanismo e il tecnicismo degli istituti ».

⁽³⁴⁾ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., p. 13. Notizie

capacità di « determinare in modo sovrano, autoritario, ciò che in un caso singolo è diritto obbiettivo pel suddito »⁽³⁵⁾, conquista il

biografiche su Umberto Borsi, appena ventitreenne al momento della stesura del saggio sull'esecutorietà, si possono leggere in A. ALBINI, *Presentazione a BORSI, Studi di diritto pubblico*, vol. I, cit., pp. VII e ss., al quale rinviamo anche per l'elenco delle opere del giurista napoletano.

Ci è sembrato utile intrecciare la lettura dei *Principii* di Romano con quella di un'opera monografica dal contenuto indubbiamente specialistico e specifico, ma che contemporaneamente alla sintesi del giurista palermitano, applica con particolare lucidità la teoria della libertà dell'amministrazione per enucleare i caratteri peculiari delle forme dell'agire amministrativo, caratteri che vengono tradotti in principi generali dall'inattaccabile valore dogmatico.

Il principio dell'esecutorietà degli atti amministrativi sarà recepito da Romano nella seconda edizione dei *Principii* (p. 56).

Il ruolo fondamentale svolto dalla dottrina nell'elaborazione della categoria dell'esecutorietà come « caratteristica generale della potestà amministrativa » è puntualmente rilevato da ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 236.

⁽³⁵⁾ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., p. 50. Borsi traduce praticamente alla lettera la definizione di Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 95: *der Verwaltungsakt ist ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll* ».

Indipendentemente dal ruolo che la complessa personalità intellettuale di Otto Mayer svolgeva in terra tedesca, anche in funzione di una giuridicizzazione del territorio della *Verwaltung* riconquistato al diritto attraverso l'individuazione di uno specifico amministrativo distinto sia dallo *Staatsrecht* sia dal diritto privato (profili per i quali rinviamo a FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXXIII (1983), pp. 600 e ss.), nella recezione italiana il pensiero di Mayer è colto essenzialmente per i suoi caratteri autoritari.

Nella definizione dell'atto amministrativo offerta dal giurista tedesco non si avverte infatti il tentativo di « riempire » un terreno della *Verwaltung* « prima giuridicamente 'vuoto' nello Stato di polizia » (FIORAVANTI, *Otto Mayer*, cit., p. 622), ma la possibilità di formalizzare una nuova relazione tra la legge e l'attività amministrativa, di ristabilire a favore degli apparati la capacità di sottrarsi alle regole dello Stato di diritto, di attribuire direttamente al potere amministrativo la facoltà di fondare il rapporto giuridico con il cittadino.

La definizione di Mayer, che Borsi integralmente sottoscrive, ha la funzione precisa di aggregare intorno alle forme di manifestazione del potere i caratteri generali dell'imperatività e dell'esecutorietà, di spianare la strada

potere di stabilire la giuridicità del rapporto col cittadino « aus eigener Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes »⁽³⁶⁾.

Ben al di là dello svilupparsi di una definizione antiformalista in grado di svelare i travestimenti ideologici del potere, è in gioco quindi la posizione stessa dell'amministrazione nell'ordinamento politico costituzionale: si consolida il tentativo di tradurre in forme giuridiche il nuovo primato degli apparati amministrativi.

Si è rotto il precario equilibrio fissato negli anni '80 tra il potenziamento del polo istituzionale e la conservata centralità del Parlamento: il disegno orlandiano d'isolare lo Stato dalle tensioni del corpo sociale ipostatizzandolo nella forma della persona giuridica, di salvare la sacralità delle istituzioni separandole dal conflitto politico, si è tradotto in un progetto che dall'affermata centralità della persona giuridica dello Stato trae ormai tutte le possibili conseguenze logiche, recide l'esclusività della legittimazione basata sul primato della legge, inverte il rapporto tra Stato e diritto fondando sulla precostituzione che il soggetto amministrativo ottiene rispetto all'ordinamento una nuova « signoria della volontà », una ricreata autonomia di potere.

E non si tratta di un'operazione circoscritta al solo momento definitorio, di un superamento che si limita ad investire la cornice del modello amministrativo, a tradurre in nuovi strumenti terminologici una diversa ideologia della funzione amministrativa, ma di una rivoluzione concettuale che interessa l'intero sistema amministrativo, la costruzione della dogmatica dell'agire della pubblica amministrazione.

Nel momento in cui più evidente diventa la tendenza della scienza giuridica a fissare linee complessive di teoria generale, in cui il diritto amministrativo approda ad una sistemazione teorica i cui assi portanti sono in gran parte ancor'oggi considerati principi

ad una sistematica amministrativa la cui « specialità » si veniva caratterizzando attraverso una deroga sempre più evidente alle regole del diritto comune. (Su questi effetti della definizione che Mayer aveva dato del provvedimento amministrativo si veda anche BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto e società*, III (1980), p. 441, ora anche in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, *Commenti della rivista*, I (1981), p. 55 e ss.).

⁽³⁶⁾ MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., p. 74.

fondamentali dell'ordinamento⁽³⁷⁾, la teoria della libertà dell'amministrazione gioca un ruolo rilevante nel favorire l'aggregazione di una serie di regole che accentuano la « specialità » dell'azione amministrativa, la sua carica autoritativa, nell'offrire un sicuro fondamento giuridico per convertire poteri nominativamente assegnati dalla norma in principi di carattere generale.

Si prenda in considerazione in particolare il processo logico attraverso il quale la giuspubblicistica arriva in questi anni, grazie ai lavori monografici di Umberto Borsi, ad enucleare e a costruire come principio fondamentale dell'ordinamento il carattere esecutivo dell'atto amministrativo, un profilo che pur nella sua specificità tecnica era destinato ad incidere pesantemente sulla configurazione generale del rapporto tra amministrazione e cittadino.

Non ci si limitava infatti a formalizzare, con l'ausilio delle soluzioni dogmatiche e terminologiche di Maurice Hauriou, l'esistenza di un principio mai analiticamente sviluppato, ma frequentemente anche se genericamente ammesso dalla scienza amministrativistica postunitaria⁽³⁸⁾, che riconosceva all'amministrazione una

(37) Particolarmente significativa la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di attività amministrativa, giurisprudenza che accoglie « tutto quel complesso intreccio tra imperatività del provvedimento, qualificazione della posizione del privato in termini di interesse legittimo, assenza di sviluppo della procedura amministrativa (e tipo della tutela giurisdizionale) » che ha finito per caratterizzare il sistema italiano del diritto amministrativo. Cfr. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, 1982, pp. 276 e ss..

(38) Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^a ed., Paris, 1921 (1^a ed. 1892, ma l'edizione cui fa riferimento Borsi in queste pagine è la 3^a, Paris, 1897), pp. 393 e ss., per il quale « la décision exécutoire, c'est toute déclaration de volonté, en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office » (p. 395). Sul fatto che il termine « exécution d'office » non esprimesse nel sistema del « Doyen de Toulouse » la possibilità di un'esecuzione forzata dei provvedimenti amministrativi, ma semplicemente il potere « pour l'administration de prendre ses décisions susceptibles d'exécution préalablement à toute validation juridictionnelle », si vedano le chiare precisazioni di L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, pp. 406 e ss. ed in particolare pp. 417-8. Questo spiega anche l'ostilità di Hauriou ad ammettere (a diffe-

facoltà di attuazione coattiva dei propri « diritti », la cui legittimità discendeva dalla natura intrinseca di potere propria dell'amministrazione e che pertanto non richiedeva, a differenza dell'esercizio dei diritti soggettivi individuali, un preventivo intervento di autorizzazione da parte della funzione giurisdizionale.

L'« *utilitas pubblica* », l'« interesse sociale », il carattere naturale di manifestazione di autorità, di espressione di sovranità che dovevano caratterizzare l'agire amministrativo rappresentano agli occhi di Borsi i fondamenti concettuali in base ai quali non solo affermare il principio che l'esecutorietà costituisce una « energia insita nell'atto », che prescinde dall'attribuzione della norma legislativa e che esprime invece « l'intima forza giuridica » in virtù della quale il provvedimento « per sé solo impone ed assicura il suo eseguitamento »⁽³⁹⁾, ma stabilire anche — in totale difformità dalla dottrina precedente⁽⁴⁰⁾ — un generale « dovere di obbedienza »⁽⁴¹⁾ che sancisce l'obbligatorietà dell'atto amministrativo perfetto indipendentemente dall'esistenza dei requisiti di validità.

Si apre così una falla non secondaria nella possibilità di tutela del cittadino: l'esecutorietà tende a trasformarsi in una sorta di invulnerabilità dell'atto amministrativo anche nel caso di illegittima lesione di un diritto soggettivo del singolo.

renza di Borsi - vedi *infra* nota 51) un principio generale di esecuzione forzata amministrativa.

Per la dottrina italiana cfr. MORTARA, *Commentario*, vol. I, cit., p. 21: rispetto all'esercizio delle facoltà del cittadino « l'uso della forza collettiva per l'attuazione dei diritti subbiettivi dello stato non ha bisogno di essere autorizzato o legittimato dall'intervento della funzione giurisdizionale, essendo per sé stesso legittimo ». Si veda anche, alla nota n. 42, la posizione di Lorenzo Meucci.

⁽³⁹⁾ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., pp. 6-7.

⁽⁴⁰⁾ Chiarissima — come sappiamo *retro*, p. 291 — la posizione di ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 30: « l'obbedienza generale e incondizionata al comando dello Stato si verifica solo quando questo comando assume la forma di atto del potere legislativo, di legge. Invece l'atto del potere esecutivo (ordinanza) intanto deve essere necessariamente osservato dal cittadino in quanto sia alla legge conforme: principio di un'incalcolabile importanza e sul quale si fonda tutta la teoria giuridica della difesa giurisdizionale del cittadino verso l'atto della pubblica amministrazione ».

⁽⁴¹⁾ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., p. 65.

La prudenza di Lorenzo Meucci nell'escludere la facoltà di esecuzione coattiva nell'ipotesi di conflitto con i diritti privati — « nel qual caso l'azione cessa di esser pubblica e diviene civile e giudiziaria » ⁽⁴²⁾ —, le preoccupazioni per una sicura garanzia dei diritti soggettivi sono affidate ora ad una precaria e labile presunzione di « giustizia » ⁽⁴³⁾ dell'atto amministrativo che ne rafforza l'insindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria e che fonda, su basi nuove, il principio dell'inammissibilità delle azioni possessorie.

Non occorre cioè ripetere le consuete argomentazioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione, riconfermare l'incompatibilità del *petitum* proprio delle azioni possessorie nei confronti del divieto dell'articolo 4 comma 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo ⁽⁴⁴⁾: al di là dell'interpretazione giurisprudenziale del dato normativo, contro la quale si erano infrante le critiche di Meucci, di Orlando, di Mortara, dello stesso Romano ⁽⁴⁵⁾, la scoperta di un'« energia » inarrestabile dal giudice ordinario, che all'atto amministrativo deriva direttamente dalla propria natura di manifestazione di autorità, la teorizzazione di una presunzione di legittimità ⁽⁴⁶⁾, che ipotizzata formalmente a garanzia del cittadino, costituisce in realtà uno strumento processuale arbitrariamente inserito nell'ordinamento a difesa dell'« essenza del Potere » ⁽⁴⁷⁾, assicuravano al principio dell'inammissibilità delle azioni

⁽⁴²⁾ MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 150: rispetto al diritto dei soggetti privati « quello dell'Amministrazione va sino ad esigere, poiché come autorità pubblica ha essa l'esecuzione coattiva de' suoi diritti, tranne i casi in cui *privati jure utitur*, come avviene de' diritti suoi patrimoniali, e tranne che incontri ostacolo nei diritti privati, nel qual caso l'azione cessa di esser pubblica e diviene civile e giudiziaria ».

⁽⁴³⁾ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., p. 53.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *retro* nota n. 78 cap. 1°/1^a pt.; CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 52-3.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 122; ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, cit., p. 896; MORTARA, *Commentario*, cit., p. 211 (e *retro* nota 50 cap. 3°/2^a pt.); ROMANO, *Principii*, cit., p. 169.

⁽⁴⁶⁾ Sui collegamenti tra presunzione di legittimità del provvedimento, imperatività ed esecutorietà basti qui rinviare a GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 279-280.

⁽⁴⁷⁾ BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., p. 57.

possessorie un più sicuro fondamento giuridico⁽⁴⁸⁾, rappresentavano in prospettiva la condizione per affermare l'imperatività del provvedimento, per limitare drasticamente la possibilità stessa di esperire di fronte al giudice ordinario azioni petitorie di fronte alla pubblica amministrazione.

E significativamente la delinearazione dell'esecutorietà come carattere tipico del provvedimento non deriva dall'esegesi delle norme, ma da un processo deduttivo che discende proprio dall'ipostatizzazione del « volere » dell'amministrazione come volere autonomo e diverso da quello degli organi legislativi, dal fatto che il provvedimento « spiega la sua energia immediatamente in ragione del suo scopo che è la tutela dell'interesse sociale ed in base al potere che al medesimo è dedicato, non già in base al suo carattere di applicazione di legge »⁽⁴⁹⁾, dal principio che l'atto non spiega un potere sancito dalla norma, ma esprime una manifestazione immediata di sovranità.

Pochi anni più tardi sarà ancora una volta il principio di « libertà » dell'amministrazione a permettere a Borsi di tradurre in principio generale dell'agire amministrativo non soltanto la capacità dell'amministrazione di far valere le proprie « pretese » indipendentemente dalla dichiarazione giurisdizionale della loro fondatezza, ma il potere di « dare esecuzione coattiva ai propri atti a suo criterio e di sua iniziativa »⁽⁵⁰⁾, di risolvere essa stessa, eventualmente anche con l'uso della forza, il conflitto insorto tra l'attuazione della propria manifestazione di volontà e la resistenza del cittadino.

L'assoluta mancanza di confronti con i parametri normativi impressiona, ma non stupisce: l'assoluta ostilità della scienza amministrativistica francese a riconoscere validità generale all'esecuzione forzata amministrativa⁽⁵¹⁾ non è aggirata sul piano esecutivo

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.*, p. 184: le azioni possessorie « presupporrebbero vulnerata la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo a danno del quale fossero dirette, urterebbero contro il principio dell'esecutorietà ».

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 50.

⁽⁵⁰⁾ BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi*, 1905, ora in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, cit., p. 260.

⁽⁵¹⁾ Il saggio del 1905 prende spunto infatti da « un recente ed ampio

o sul piano logico costruttivo, ma direttamente attraverso lo smantellamento del principio portante dell'esecuzione di legge.

Per affermare che la pubblica amministrazione possiede in via generale ed indipendentemente dalla previsione normativa il potere di esecuzione forzata dei propri provvedimenti occorre infatti sostenere che la necessaria legittimazione legislativa dell'agire amministrativo non può « trovare pieno riscontro nella realtà », riaffermare che « l'energia intima della vita dello Stato »⁽⁵²⁾ dipende in primo luogo dalla pienezza dei poteri concessi all'amministrazione, dalla capacità dell'apparato di partecipare all'esercizio della sovranità indipendentemente dalla mediazione legislativa.

Il fondamento dell'esecuzione forzata amministrativa non può quindi che risiedere nell'« essenza medesima del potere », discendere « dal concetto che si ha del potere esecutivo »⁽⁵³⁾: la definizione della funzione sulla base della libertà dell'amministrazione, lungi dal rappresentare un'iniezione di realismo nel confronto tra il cittadino e il potere, si trasmuta in un formidabile strumento che esalta ed amplifica il momento dell'autorità, che stravolge in un rinnovato sistema di dominio ancorato alla centralità degli apparati il tentativo degli Spaventa, degli Orlando, dei Mortara di conciliare nella costruzione di un rapporto giuridico tra la personalità dello Stato ed il cittadino il conflitto tra istituzionale e politico, tra autorità e libertà, tra potere e diritto.

dibattito sul tema nostro » sviluppatosi in Francia in margine ad un'importante controversia giudiziaria (cfr. BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, cit., pp. 260 e ss.): obbligatorio diventava così il confronto con la radicale ostilità di Berthélemy e di Jèze e con la perplessità di Hauriou ad ammettere un principio generale di esecuzione forzata amministrativa indipendentemente dall'espressa attribuzione normativa.

Su « l'affaire Société immobilière de Saint-Just » (2 dicembre 1902) che dette origine a quel dibattito e sul quale si fondano ancor'oggi i principi cardine dell'*exécution d'office* nel diritto amministrativo francese, basti qui rinviare a WALINE, *Droit administratif*, cit., pp. 554 e ss.; A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 9^e édition, par J. C. Venezia et V. Gaudemet, Paris, 1984, pp. 367 e ss..

⁽⁵²⁾ BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, cit., p. 259.

⁽⁵³⁾ *Ibid.*, pp. 276-8.

Gravi conseguenze derivano sul piano degli istituti: l'« eccezionalissima facoltà »⁽⁵⁴⁾, che caratterizzava in base all'articolo 7 della legge abolitiva del contenzioso la potestà di autotutela esecutiva della pubblica amministrazione nei confronti della proprietà privata, si converte in principio generale e fondamentale dell'ordinamento, in un carattere indispensabile che le forme dell'agire amministrativo conquistano come diretta applicazione del postulato che all'amministrazione e non alla legge vuole riconoscere il potere di risolvere il conflitto tra autorità e libertà⁽⁵⁵⁾.

Le possibilità di tutela del cittadino si « affievoliscono », il diritto soggettivo registra un sensibile « svuotamento delle garanzie giurisdizionali »⁽⁵⁶⁾, aggravato dalla presunzione di legittimità del provvedimento che anche nelle ipotesi di conflitto con situazioni giuridicamente protette dall'ordinamento identifica per definizione potere pubblico e giustizia: si sottrae alle forme del processo di esecuzione l'esercizio della forza pubblica riconoscendo alla stessa amministrazione una funzione di garanzia della legittimità del proprio operato che necessariamente riduce l'intensità della successiva tutela giurisdizionale.

(54) L'espressione è di SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., p. 398. Cfr. anche BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 554, che conferma la natura « eccezionale » della norma espressa nell'articolo 7 della legge abolitiva del contenzioso, norma che in pendenza di giudizio consentiva un'esecuzione provvisoria dell'atto impugnato solo per « grave necessità pubblica ». Tuttavia l'esecutorietà è ancora considerata dalla Corte costituzionale « principio generale fondamentale del nostro ordinamento »: cfr. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, cit., p. 278.

Nel senso che l'articolo 7 rappresentasse una norma essenziale per comprendere a pieno il significato dell'All. E, il principio della centralità del giudice ordinario e l'impossibilità per l'atto amministrativo di « affievolire » il diritto soggettivo del cittadino, già le chiare indicazioni di ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, cit., pp. 1624-5.

(55) BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, cit., p. 278: la pubblica amministrazione « è investita di un potere sovrano di cui è limitata la sfera d'azione, ma non l'entità e l'efficacia, perciò essa può, in linea di massima, porre in opera, per raggiungere i propri fini, tutti quei mezzi che ritenga più opportuni, ancorché non le siano espressamente consentiti da alcuna disposizione legislativa ».

(56) BENVENUTI, *Autotutela*, cit., p. 554.

2. *L'interesse legittimo nella teoria della « libertà » dell'amministrazione: da « espediente » esegetico a categoria fondamentale dei rapporti di diritto amministrativo.*

La teoria della libertà dell'amministrazione non si limitò tuttavia ad assicurare l'aggregazione di quelle regole, sull'efficacia dell'atto, che ne accentuavano la specialità rispetto alle forme dell'agire privato, ma rappresentò un poderoso strumento concettuale attraverso il quale affermare il carattere prevalentemente discrezionale dell'attività amministrativa, favorendo così la conseguente rielaborazione dogmatica delle situazioni soggettive che il cittadino poteva vantare nel rapporto amministrativo e correlativamente un diverso assetto degli equilibri tra giudice ordinario e Consiglio di Stato che in prospettiva riconduceva all'interno della stessa amministrazione la dichiarazione giurisdizionale della controversia col cittadino.

La nuova definizione della funzione amministrativa che formalizzava il primato conquistato dagli apparati nel sistema politico costituzionale offre infatti l'orizzonte teorico nel quale il potere esecutivo riesce progressivamente a sottrarsi « ai controlli esterni che l'indebolivano e, per dir così, lo mortificavano »⁽⁵⁷⁾ concentrando gli indispensabili strumenti di garanzia in una salda centralità del giudice amministrativo nell'ordinamento della tutela ed affermando parallelamente sul piano sostanziale il principio secondo il quale nel diritto amministrativo « oltre e più che la figura del diritto soggettivo campeggia e domina, con tutta una serie di gradazioni delicate e di particolari atteggiamenti, quella dell'interesse legittimo »⁽⁵⁸⁾.

Il tema del riparto viene cioè profondamente investito dalla rielaborazione dei concetti che fondavano la legittimazione dell'agire della pubblica amministrazione: il nesso tra attività amministrativa

⁽⁵⁷⁾ *Discorso di S.E. Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., p. 6. Su questo periodo della vita di Romano cfr. F. COCOZZA, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e spunti problematici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XVII (1977), pp. 1231 e ss.

⁽⁵⁸⁾ ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma, 1932, p. 23.

e situazioni soggettive si fa più stretto, il legame tra discrezionalità e interesse legittimo, affermato quasi dieci anni prima da Oreste Ranelletti in una prospettiva essenzialmente esegetica e fortemente condizionata dal ricorso ad espedienti interpretativi⁽⁵⁹⁾, si colloca ora ben all'interno della teoria generale dei rapporti tra amministrazione e cittadino, diventa un imprescindibile elemento dogmatico che non si limita ad incidere sull'assetto tra le giurisdizioni, ma viene ad esprimere la posizione globale che il cittadino può vantare di fronte ad un potere che aveva riconquistato una propria autonoma capacità di legittimazione.

È in questo momento, con l'approdo definitivo alla teoria generale, che il concetto di interesse legittimo abbandona le dispute esegetiche, cessa di rappresentare una possibile soluzione — una volta imboccata la strada della *causa petendi* e nella conservata attribuzione normativa dei diritti civili e politici alla competenza del giudice ordinario — alla difficile e tormentata individuazione della « quiddità » del giudizio di fronte alla IV sezione, si sottrae all'alternativa interpretativa tra « linea processuale » e « linea sostanziale » per porsi come categoria concettuale capace di formalizzare non solo e non tanto il problema del riparto, ma l'intero rapporto tra cittadino e potere.

Il binomio interesse legittimo potere discrezionale, fissato a suo tempo da Ranelletti in logica continuità con la sfera di amministrazione pura sottratta al giudice ordinario, diventa, all'interno di una teoria generale che premia e rafforza l'autonomia del potere, l'impronta che il primato conquistato dal potere discrezionale, la centralità dell'organizzazione, imprimono sulle posizioni soggettive del cittadino.

Si stravolge l'iniziale e precaria funzione garantista, che la conquistata legittimità dell'amministrazione pura rifletteva direttamente sulla rinsaldata stabilità del polo istituzionale e indirettamente e « occasionalmente » sulla stessa tutela individuale, attraverso un'esaltazione dei profili autoritari dell'agire amministrativo che sancisce la generale cedevolezza delle situazioni soggettive del cittadino di fronte al potere, sanziona la definitiva inconsistenza del « diritto civile e politico » nei confronti dell'amministrazione.

(59) Cfr. *retro* pp. 268 e ss..

La centralità del giudice amministrativo nell'ordinamento della tutela si affermava così a livello di teoria generale prima che nei concreti assetti giurisprudenziali del riparto: nel momento in cui il giudice ordinario continuava a confermare la propria competenza sul sindacato dei profili di legittimità dell'atto discrezionale lesivo di un diritto privato⁽⁶⁰⁾, a riconoscere « l'indifferenza dei diritti soggettivi rispetto al *nomen* dell'autore della lesione »⁽⁶¹⁾, si assiste nelle elaborazioni della scienza giuridica ad una radicale inversione degli schemi teorici secondo i quali si era soliti risolvere i rapporti tra legge e amministrazione, tra cittadino e potere, ordinare i concreti problemi del riparto.

Prima che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione è a livello teorico che viene meno la centralità del giudice ordinario, il principio dell'unicità della giurisdizione per i soggetti pubblici e privati, che gli organi di giustizia amministrativa introdotti per completare la tutela assicurata dalla magistratura ordinaria si con-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. per esempio Cass. Roma, 7 dicembre 1899, Sez. Un., in *Giurispr. it.*, LI (1899), I, 1, 227; Cass. Roma, 3 febbraio 1900, Sez. Un., in *Giurispr. it.*, LII (1900), I, 1, 273, la cui massima è indicativa delle aperture, ma anche dei limiti del giudizio ordinario nei confronti degli atti discrezionali: « contro gli atti della pubblica amministrazione, esercitati nella sfera del proprio potere discrezionale, non è negato il ricorso all'autorità giudiziaria per lesione di diritti privati, ma l'indagine del magistrato rispetto ai medesimi si limita a conoscere se la pubblica amministrazione abbia esercitato legittimamente il suo potere, mancandole ogni attribuzione di sindacato sull'opportunità di siffatto esercizio ». La decisione s'inserisce in una linea giurisprudenziale che la Corte aveva consolidato ormai dalla fine degli anni '70, conferma la competenza del giudice ordinario sui profili di legalità dell'atto discrezionale e contemporaneamente l'incompetenza a sindacare l'esercizio concreto del potere amministrativo. Di un assetto del riparto caratterizzato sino al 1915 da una « riserva di giurisdizione in favore del giudice ordinario per le questioni di diritto, e perciò da una prevalenza anche quantitativamente ragguardevole del giudizio ordinario nelle controversie contro le pubbliche amministrazioni », parla CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., p. 71; cfr. anche CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, cit., pp. 106 e ss.; STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., pp. 400 e ss..

⁽⁶¹⁾ CANNADA-BARTOLI, *Interesse*, cit., p. 13.

vertono in giudici speciali, ma con competenza tendenzialmente generale ed esclusiva sulle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione.

La capacità espansiva del diritto soggettivo nel rapporto amministrativo si blocca nel momento in cui si scinde il binomio che aveva utilizzato l'affermazione del principio di giurisdizione unica in funzione della possibilità di una progressiva regolamentazione legislativa delle relazioni tra cittadino e potere.

L'ampliamento della competenza del giudice ordinario e correlativamente della sfera del diritto soggettivo non può più rappresentare il frutto principale della tendenza dello Stato moderno a costruirsi secondo il modello del *Rechtsstaat*, a vincolare in modo crescente attraverso la legge le forme di azione dell'autorità: il futuro non sarà scandito dalla sempre più incisiva capacità della norma di risolvere il conflitto tra interesse pubblico e privato, tra autorità e libertà e quindi conseguentemente dall'accresciuto potere del giudice ordinario di dichiarare e sanzionare i profili di doverosità stabiliti dall'ordinamento per le stesse forme di manifestazione dell'agire amministrativo, ma da una necessaria estensione delle potestà discrezionali della pubblica amministrazione.

La possibilità — ancora riconosciuta da Lodovico Mortara nello stesso torno di anni — d'interpretare i processi istituzionali nel senso di una sempre più completa affermazione dello « Stato libero », di formalizzare, sia pure ricorrendo a precari nominalismi terminologici, la diminuzione delle prerogative discrezionali del potere amministrativo parallelamente ad un'espansione delle situazioni soggettive dei cittadini, s'infrange contro il riconoscimento che il futuro dello Stato liberale non potrà essere segnato dalla progressiva composizione delle contraddizioni e dei conflitti, dalla capacità d'imbrigliare il potere nelle maglie del diritto, viene meno di fronte alla consapevolezza che la necessità di isolare la razionalità della dinamica istituzionale dal conflitto politico e sociale non può essere più affidata alle tradizionali mediazioni tra Parlamento e amministrazione, ma ad un vigoroso aumento degli spazi di autonomia e di libertà per la crescente azione degli apparati.

Il modello che la giuspubblicistica ci propone nella *Wendung* di fine secolo, il modello che sul piano della giustizia amministrativa identifica interesse legittimo, competenza del giudice am-

ministrativo, primato del potere discrezionale, e che ancora oggi, ricondotto formalmente ai valori di legalità e democraticità dell'agire amministrativo, contraddistingue il sistema italiano della tutela, non esprime soltanto la continuità con l'amministrazione pura, con i valori costituzionali d'indipendenza e di autonomia riconosciuti sin dal 1865 al potere amministrativo, ma sancisce anche la definitiva rottura del progetto liberale incentrato sulla capacità espansiva della legge nella regolamentazione dei rapporti amministrativi.

Le preoccupazioni dei primi esegeti e commentatori della legge del 1889 per la difficoltà d'ipotizzare controversie concrete da attribuire al nuovo giudice amministrativo a causa del carattere residuale, che sembrava caratterizzare la competenza di legittimità della IV sezione⁽⁶²⁾, sono irrimediabilmente consegnate al passato ed il terreno di scontro abbandona ormai la sfera di amministrazione pura.

Si ricorderanno gli ostacoli concettuali che per primo Silvio Spaventa aveva incontrato, nel discorso inaugurale del 1890, per affermare il principio della giurisdizione, sia pure oggettiva, in un settore in cui più fiavole giungeva l'imperatività della legge, sfumavano i parametri normativi di riferimento, mancava una protezione diretta delle posizioni di vantaggio del cittadino, in cui le norme che regolavano l'attività amministrativa non avevano « ancora raggiunto un potere di espressione giuridica da servire di base a veri e propri giudizi di un'autorità indipendente dall'amministrazione »⁽⁶³⁾.

Ora tuttavia la scienza giuridica ha rimosso queste perplessità dogmatiche, non si pone più il problema della difficoltà di estendere delle forme di tutela anche solo oggettiva nell'ambito dell'autonomia del potere, ma al tempo stesso rifiuta l'equilibrato contemperamento spaventiano tra giurisdizione soggettiva e oggettiva: l'occasionalità della protezione che avrebbe dovuto caratterizzare solo quest'ultima tende invece a porsi al centro dello

⁽⁶²⁾ Cfr. *retro* pp. 225 e ss. e si rilegga la valutazione di ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865*, cit., p. 1625, riportata *retro* nota 58 cap. 1°/2° pt..

⁽⁶³⁾ SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, cit., p. 452 e cfr. *retro* pp. 207 e ss.; nota 27 cap. 5°/1^a pt..

stesso rapporto amministrativo. È ormai possibile affermare il principio generale che le controversie tra cittadino e amministrazione non riguardano la tutela di un diritto soggettivo, ma soltanto la verifica che l'amministrazione compie, attraverso un giudice ad essa interno, della legittimità dell'esercizio del proprio potere.

La distinzione tra diritto e interesse, tra libertà del cittadino e amministrazione pura aveva stabilito sin dal 1865 che il principio di una giurisdizione unica per i soggetti pubblici e privati non poteva assicurare un controllo pieno ed esaustivo del potere amministrativo, che oltre il settore in cui la signoria della volontà del cittadino incontrava il riconoscimento dell'ordinamento giuridico, si apriva uno spazio all'autonomia del potere, alla libertà dell'amministrazione.

Questo precario equilibrio che aveva sempre condizionato i tentativi della giurispubblicistica postunitaria di arrivare all'individuazione di un punto medio tra la necessaria tutela del diritto del singolo e l'altrettanto necessaria difesa delle prerogative amministrative viene ora spezzato: si rompe la capacità del diritto soggettivo di resistere nei confronti del potere, s'inverte il processo espansivo che sembrava caratterizzare il progressivo calarsi dello Stato liberale nelle forme del *Rechtsstaat*.

Non è più la sfera del diritto soggettivo, sulla base di una crescente capacità della legge di normativizzare l'esercizio del potere, ad estendersi e ad ampliare la competenza del giudice ordinario, ma è ormai il potere discrezionale, per la possibilità affermata in sede di teoria generale che l'amministrazione, riconquistata una posizione di potere autonomo, necessario, autolegittimantesi, si sottragga all'imperatività della norma, che diventa il simbolo stesso dell'attività amministrativa: la discrezionalità diviene l'attività per eccellenza della pubblica amministrazione, abbandona la sfera negativa e residuale che occupava per l'« incompleta formazione del diritto pubblico »⁽⁶⁴⁾ per porsi come immagine di un'amministrazione che si vuole diretta interprete dei bisogni e degli interessi collettivi, diventa la valvola attraverso cui estendere e non limitare la vecchia sfera dell'amministrazione pura, ampliare il potere,

(64) CODACCI PISANELLI *Legge e regolamento*, cit., p. 32 e *retro* nota 13 cap. 1°/2° pt..

stravolgere l'iniziale funzione garantista rappresentata dall'estensione di forme di controllo che, pur non mutuando la pienezza della tutela soggettiva, assicuravano una giuridicizzazione del potere, per tradurla in una generalizzata limitazione della protezione individuale.

Si perde l'idea orlandiana di un « completamento »⁽⁶⁵⁾ della funzione garantista rappresentata dal giudice ordinario: il progettato ampliamento della tutela con l'estensione del controllo giuridico nella sfera di amministrazione pura si traduce in una capacità espansiva che la giurisdizione oggettiva conquista a danno della giurisdizione sui rapporti soggettivi, l'interesse legittimo sul diritto soggettivo.

L'apparente perfezione del sistema era forse già compromessa, sin dalle scelte dell'unificazione, dalla drammatizzazione e dall'eccessiva inafferrabilità del criterio del riparto, dalla distinzione precaria e naturalmente conflittuale fissata nella legge abolitiva del contenzioso tra diritto e interesse, ma la centralità conquistata dall'interesse legittimo ne determina ora una grave alterazione, una lesione irreparabile che non esprime soltanto una diminuzione della pienezza della tutela propria del diritto soggettivo, ma sancisce anche la sostituzione del primato dell'organizzazione e degli apparati alla conservata centralità del Parlamento, che il modello della giurisdizione unica e del diritto soggettivo ancora rappresentavano⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁵⁾ ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 634.

⁽⁶⁶⁾ Non ci sembra pertanto possibile sottoscrivere integralmente le considerazioni di GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 234; BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 591, secondo i quali — pur con valutazioni differenti — la centralità del giudice amministrativo nell'ordinamento della tutela rappresentava in definitiva una conseguenza già implicita nelle scelte del legislatore del 1865 e secondo i quali, parallelamente, la formazione della nozione di interesse legittimo dovrebbe essere retrodatata, rispetto alle formalizzazioni che la scienza giuridica forniva a partire dalla prima metà degli anni '90, e ricondotta ai dibattiti parlamentari sull'abolizione del contenzioso. Senza sottovalutare gli evidenti elementi di continuità ai quali accenniamo anche nel testo, non è possibile tuttavia neppure passare sotto silenzio l'importante funzione « creativa » svolta dalla scienza giuridica negli anni a cavallo tra i due secoli che, attraverso una revisione globale dei modelli amministrativi, ispirò da una parte l'in-

Fra questi due modelli l'opera giuridica di Santi Romano rappresenta un essenziale, insostituibile anello di congiunzione: la riflessione romaniana si muove all'interno di uno schema interpretativo degli istituti di giustizia amministrativa ancora condizionato da importanti lasciti orlandiani. Nei *Principii* si confermano soluzioni esegetiche già sviluppate nel *Trattato* con la monografia su *Le giurisdizioni speciali amministrative* ⁽⁶⁷⁾: troviamo così, in linea con le riflessioni del maestro, che la giustizia amministrativa rappresenta una forma di protezione non giurisdizionale verso le pubbliche amministrazioni, che la IV sezione conserva natura amministrativa, che le sue decisioni non possono essere impugnate in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, che il criterio del riparto deve essere individuato nel *petitum* e che quindi il coordinamento tra giudice ordinario e amministrativo s'impronta ad un sistema di doppia tutela ⁽⁶⁸⁾.

Traspare, è vero, qua e là l'eco della lettura del *Deutsches Verwaltungsrecht* di Otto Mayer, nell'ampiezza degli interessi tute-

tera sistematica amministrativa, dall'altra il « nuovo corso » giurisprudenziale che troverà, negli anni '30, nel concordato D'Amelio-Romano la definitiva consacrazione. (Cfr. anche *infra* nota 8 cap. 4^o/3^a pt.).

⁽⁶⁷⁾ ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. 3^o, cit., pp. 507 e ss., opera nella quale per la distribuzione delle materie nel *Trattato* (nello stesso terzo volume Giovanni Vacchelli trattava la giurisdizione del giudice ordinario e Vittorio Emanuele Orlando quella della IV sezione) e per ragioni teoriche non venivano tuttavia analizzate le competenze della IV sezione e delle G.P.A.: « è naturale che di esse non può preoccuparsi chi crede che loro non competà il carattere di giurisdizione né speciale, né generale, nel senso vero e proprio della parola » (*ibid.*, p. 529).

⁽⁶⁸⁾ ROMANO, *Principii*, cit., pp. 182 e ss., pp. 191-2. Nella terza edizione (Milano, 1912) Romano naturalmente si adeguava al dettato della L. 7 marzo 1907, n. 62 che all'articolo 5 espressamente riconosceva natura giurisdizionale alla IV ed alla V (introdotta con la stessa legge) sezione del Consiglio di Stato, ricordando tuttavia l'esistenza di competenze e attribuzioni, già previste dalla legge del 1889, che « non potevano e non possono in nessun senso qualificarsi come giurisdizionali » (p. 230). Significativamente il diritto soggettivo rimane ancora una situazione giuridica tutelabile dalla IV sezione (p. 234): per Romano cioè la determinazione legislativa della natura giurisdizionale della IV sezione non ha implicato anche l'abbandono del *petitum* come criterio di riparto tra le giurisdizioni.

labili dalla giustizia amministrativa, nella definizione delle decisioni della IV sezione come provvedimenti amministrativi, nella constatazione che è l'uso del contraddittorio e di forme normalmente tipiche dei procedimenti giurisdizionali a differenziare la giustizia amministrativa dall'amministrazione attiva⁽⁶⁹⁾, ma si tratta di spunti prevalentemente definitorii che, anche per le peculiarità istituzionali del sistema italiano, non giungono a caratterizzare a sufficienza questa descrizione non particolarmente originale che Romano, sulla scia del modello orlandiano, ci offre degli istituti di giustizia amministrativa.

Il superamento dei modelli tradizionali non può essere cercato quindi nell'interpretazione dei dati normativi offerti dall'ordinamento italiano di giustizia amministrativa, ma altrove, in una prospettiva più generale, nelle pagine in cui la nozione di interesse legittimo cessa di rappresentare un espediente esegetico per interpretare quella clausola generale dall'indeterminata estensione e dall'incerto significato con cui la legge istitutiva della IV sezione ne stabiliva la competenza per divenire invece una categoria fondamentale sulla quale costruire la teoria generale dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione.

In questa direzione la cesura con Orlando si fa netta, mentre sensibile diventa l'avvicinamento — che il giurista abruzzese non mancò di rilevare⁽⁷⁰⁾ — alle argomentazioni di Oreste Ranelletti:

⁽⁶⁹⁾ ROMANO, *Principii*, cit., pp. 161, 163 e rispettivamente MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, cit., pp. 148-9, 177, per il quale la « Verwaltungsrechtspflege ist Erlassung eines Verwaltungsaktes unter Zuziehung des beteiligten Untertanen als Partei im Sinne des Civilprozesses und insbesondere mit der Wirkung der Rechtskraftfähigkeit des Aktes ». Cfr. anche ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit., p. 538: nella giustizia amministrativa « più che parti in lite si hanno cooperatori dell'autorità che questa giustizia deve rendere ». Sempre a p. 538 (in nota) interessante il confronto con le premesse — esplicitamente condivise — della trattazione di Otto Mayer sui problemi della giustizia amministrativa in un passo in cui si critica però anche la definizione — sopra riportata — del giurista tedesco, considerata « equivoca » perché ha dovuto far riferimento all'analogia con la posizione della parte privata nel processo civile per formalizzare una funzione che per Romano rimane eminentemente amministrativa.

⁽⁷⁰⁾ RANELLETTI, *Recensione a Romano, Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 98.

si delinea cioè una posizione dalle valenze complesse, più « elastica » per molti aspetti riguardo alle soluzioni ranellettiane⁽⁷¹⁾, ma che ciò nonostante rompe radicalmente, pur nella continuità delle singole ipotesi ricostruttive, con le linee del modello orlandiano.

Le gravi perplessità che Orlando, ancora legato alla razionalità della distinzione tra diritto e interesse, al primato del giudice ordinario, al disegno della giurisdizione oggettiva, aveva sempre manifestato nei confronti del concetto d'interesse legittimo⁽⁷²⁾, sono ampiamente superate da Romano che, proseguendo l'itinerario concettuale percorso da Ranelletti, confermando l'approdo alla teoria generale che la nozione aveva conosciuto nei lavori del giurista abruzzese su autorizzazioni e concessioni, assegna al concetto un'importante dignità dogmatica, una funzione essenziale nella formalizzazione del rapporto tra amministrazione e cittadino.

Già negli studi di Ranelletti della fine degli anni '90 l'interesse legittimo aveva abbandonato il terreno dei problemi di competenza, dell'individuazione delle controversie spettanti al giudice amministrativo, in una parola le pagine delle note a sentenza nelle quali era emerso nei primi anni successivi all'istituzione della IV sezione, e si era posto come strumento essenziale per definire l'ampiezza delle « facoltà create da concessioni e autorizzazioni », per stabilire limiti precisi agli obblighi risarcitori della pubblica amministrazione in caso di revoca, per sanzionare la precarietà del « contrarre » con i soggetti amministrativi⁽⁷³⁾: ancora più lineare, denso di implicazioni per l'intero sistema del diritto amministrativo, appare ora l'ingresso del costruito nella teoria generale sancito nei *Principii* di Santi Romano.

(71) D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 123-5, che sottolinea come Romano, pur sviluppando « l'idea della discrezionalità degradante », riconosca tuttavia — contrariamente a RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. 3^a, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., pp. 252 e ss. — la possibilità che da atti discrezionali derivino anche diritti soggettivi (ROMANO, *Principii*, cit., pp. 297 e ss.), ipotizzando così una soluzione particolarmente importante in tema di concessioni ed idonea ad ampliare « l'area degli indennizzi a favore dei privati ».

(72) Cfr. *retro* pp. 296 e ss..

(73) Cfr. *retro* nota 108 cap. 3^o/2^a pt..

Non ci sono infatti motivazioni riconducibili all'individuazione del problema del riparto a spingere verso la recezione del concetto se si considerano le soluzioni adottate dal giurista palermitano nella ricostruzione degli istituti di giustizia amministrativa: non premono neppure l'ormai vicina caduta della linea « processuale », preannunciata dall'abbandono del progetto Di Rudini-Saredo⁽⁷⁴⁾, o la continua conferma che la giurisprudenza della Corte di Cassazione offriva nei propri giudicati sulla centralità della *causa petendi* e sulla natura giurisdizionale della IV sezione⁽⁷⁵⁾ — giurisprudenza sul cui valore normativo uno dei grandi critici delle decisioni della Suprema Corte, Vittorio Scialoja, nello stesso 1901 richiamava l'at-

(74) Caduto per la chiusura della sessione parlamentare il progetto Di Rudini-Saredo (su cui *retro* nota 56 cap. 2°/2^a pt.), esclusa da un'apposita commissione di riforma istituita nel 1902 la possibilità di affrontare « lo studio di riforme radicali al presente sistema » (cfr. SCIALOJA, *La riforma della giustizia amministrativa. Relazione a S.E. il ministro dell'interno sul progetto di legge compilato dalla commissione istituita con D.M. 31 gennaio 1902 per studiare e proporre le modificazioni alla legislazione vigente in ordine agli istituti della giustizia amministrativa*, Roma, 1903, ora in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto pubblico*, cit., p. 224 e ss.; SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 886 e ss.) si approdò così alla legge 7 marzo 1907 n. 62 che, pur introducendo la V sezione, affermando il carattere giurisdizionale delle competenze stabilite dal legislatore del 1889, regolando in modo diverso l'eccezione d'incompetenza sollevata in corso di giudizio (*retro* nota 21 - cap. 1°/2^a pt.), rimase una « legge minore » (GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 247) che non risolse i gravi problemi dell'applicazione della normativa introdotta con le riforme crispine.

Com'è noto (*retro* nota 53 - cap. 3°/2^a pt. ed *infra* nota 8 - cap. 4°/3^a pt.) il *petitum* conobbe un periodo di rinnovata, ma precaria fortuna quando Lodovico Mortara ricoprì, negli anni '10, le cariche di Procuratore generale della Corte di Cassazione prima, di Presidente poi.

(75) Nello stesso torno di tempo riaffermano la centralità della *causa petendi* come criterio del riparto Cass. Roma, 27 gennaio 1900, Sez. Un., in *Foro it.*, XXV (1900), I, 261; Cass. Roma, 13 agosto 1900, Sez. Un., in *ibid.*, I, 1225; Cass. Roma, 13 dicembre 1900, Sez. Un., in *Foro it.*, XXVI (1901), I, 215. Una delimitazione del concetto di « eccesso di potere giurisdizionale » nella riaffermata competenza della Cassazione a sindacare le decisioni della IV sezione in base all'art. 3 n. 3 della legge del 1877 sui conflitti (cfr. *retro* nota 20 cap. 1°/2^a pt.) è invece in Cass. Roma, 21 luglio 1900, Sez. Un., in *Foro it.*, XXV (1900), I, 1063; Cass. Roma, 3 marzo 1901, Sez. Un., in *Foro it.*, XXVI (1901), I, 718.

tenzione⁽⁷⁶⁾ — visto che per Romano il carattere amministrativo della IV sezione rimaneva un postulato indiscutibile dell'ordinamento della tutela.

La recezione del concetto d'interesse legittimo non discende quindi da necessità operative, da esigenze interpretative: rappresenta pertanto un approdo più formalizzato e più significativo, perché investe direttamente la linearità del rapporto giuridico al di là della soluzione concreta offerta del problema del riparto, traduce sul piano delle relazioni tra amministrazione e cittadino il primato conquistato dal potere discrezionale nel sistema amministrativo, la centralità degli apparati nell'ordinamento politico costituzionale.

Proprio per questo la cesura che si apre col modello orlandiano è particolarmente netta, perché non riguarda un'alternativa interpretativa concretamente riferita all'ordinamento della tutela, ma interessa la stessa formalizzazione del rapporto tra cittadino e potere.

S'incrina la razionalità del disegno orlandiano, viene meno la linearità del rapporto giuridico incentrato sul diritto soggettivo, la logicità della distinzione tra diritto e interesse, tra rilevante ed irrilevante giuridico, tra situazioni giuridicamente protette dall'ordinamento ed interessi materiali ed economici, il coordinamento tra la centralità della giurisdizione ordinaria istituita per la protezione delle situazioni soggettive e gli organi di giustizia amministrativa con competenza tendenzialmente generale, ma non esclusiva e limitata ad una verifica « oggettiva » dell'esercizio del potere.

Si perde la razionalità di un progetto in cui naturalmente rilevante era l'attenzione per l'esigenze del potere, di un progetto avvertito dell'esistenza di spazi di discrezionalità, di valutazioni rimesse all'arbitrio degli apparati, del fatto che il rapporto tra cittadino e amministrazione rimaneva una relazione tra un soggetto privato ed un potere dello Stato, ma che riconosceva anche come principio fondamentale l'attribuzione ad un'autorità indipendente, al giudice del diritto comune, il compito di verificare gli elementi

(76) SCIALOJA, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., pp. 222-3, che pur confermando la validità del criterio del *petitum*, riconosceva ormai — sulla base della giurisprudenza della Corte di Cassazione — natura giurisdizionale alla IV sezione. Cfr. anche Id., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, cit., p. 264.

di doverosità stabiliti dall'ordinamento all'azione del potere, che individuava nel modello del *Rechtsstaat* un modello capace di conciliare autorità e libertà attraverso un sempre più esteso intervento della norma nella regolamentazione del rapporto amministrativo.

La centralità che il concetto d'interesse legittimo conquista nella teoria generale⁽⁷⁷⁾ discende quindi innanzi tutto dalla crisi del modello della giurisdizione unica intesa non solo come primato del giudice ordinario, ma anche come primato della legge nella disciplina dell'attività amministrativa, dall'impossibilità di risolvere il rapporto col potere nella pienezza del diritto soggettivo.

L'interesse legittimo traduce sul piano delle situazioni soggettive la rottura del disegno ideale di un'amministrazione esecutrice di legge, di un ordinamento capace d'imbrigliare il potere nelle maglie del diritto, di risolvere nella norma il conflitto tra interesse pubblico e privato, esprime la crisi di un assetto istituzionale basato sulla centralità del Parlamento e sul primato della giurisdizione negli equilibri tra i poteri dello Stato.

L'interesse legittimo, nato da esigenze strettamente operative della scienza giuridica nell'interpretazione di un testo normativo particolarmente contraddittorio, aveva rappresentato nei primi tentativi esegetici della legge istitutiva della IV sezione la formalizzazione dell'interesse del cittadino nel campo dell'amministrazione pura, aveva espresso l'estensione e l'ampliamento della tutela, sia pure oggettiva, nella sfera di autonomia del potere amministrativo: con l'inserimento nella teoria generale la nozione tende invece a sostituire la tradizionale mediazione tra diritto civile e politico ed interesse, tra autorità e libertà, tra soggettività e oggettività della tutela con una nuova mediazione che sancisce il primato del potere discrezionale⁽⁷⁸⁾.

(77) Le pagine che Romano dedica all'interesse legittimo non si collocano infatti nella trattazione degli istituti di giustizia amministrativa, non sono dirette alla soluzione dei problemi esegetici posti dalla legge Crispi, ma occupano la seconda sezione — *Natura e categorie dei rapporti di diritto amministrativo* — del primo libro dei *Principii* (pp. 30 e ss.) dedicato alla *Teoria generale dei rapporti di diritto amministrativo*, investono cioè direttamente la formalizzazione delle relazioni tra amministrazione e cittadino.

(78) La centralità conquistata dall'interesse legittimo tra le situazioni

Ed infatti la nozione conserva questa originale duplicità: esprime da una parte il contenuto di una tutela sia pure « minore » ed imperfetta, dall'altra la centralità conquistata dagli interessi degli apparati, formalizza da un lato l'estensione del controllo giuridico alle controversie sottratte al sindacato del giudice ordinario, dall'altro tende a confinare il diritto soggettivo in spazi sempre più ristretti.

L'approdo della nozione alla teoria generale consacra cioè un nuovo punto d'incontro tra autorità e libertà, tra interesse pubblico e tutela dell'interesse privato, sintetizza al tempo stesso l'espansione del « contenzioso d'annullamento », il « completamento » del controllo giuridico sull'attività amministrativa ed il venir meno della centralità del diritto soggettivo.

È ormai possibile un rapporto giuridico tra Stato e cittadino che non sia basato sulla pienezza del diritto soggettivo, sull'equiparazione delle personalità giuridiche propria del diritto civile, è possibile in particolare un modello di « Stato giuridico » in cui, nelle relazioni con l'amministrazione, le posizioni di vantaggio individuali siano segnate non da un diritto soggettivo pienamente tutelato e regolato dalla norma, ma da un « diritto affievolito »⁽⁷⁹⁾

soggettive che il cittadino può vantare nei confronti del potere amministrativo è infatti strettamente consequenziale alla centralità che Romano (*L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., p. 103 e *retro* pp. 335-6) aveva già riconosciuto al potere discrezionale nelle relazioni tra la legge e l'attività amministrativa.

⁽⁷⁹⁾ ROMANO, *Principii*, cit., p. 39.

È infatti Romano che per primo svela apertamente la fonte « pandettistica » della costruzione ranellettiana dell'interesse legittimo (cfr. *retro* nota 67 - cap. 2°/2ª pt.) riconducendo esplicitamente le formule della « compressione » e della « dipendenza e compenetrazione » tra interesse pubblico e privato, usate da Ranelletti, alla categoria del « diritto affievolito ».

Per formalizzare il rapporto tra interesse privato e potere discrezionale, che tende a divenire preminente e assorbente nelle relazioni tra cittadino e amministrazione, si utilizzano, con significativa consapevolezza, categorie che la scienza civilistica aveva enucleato per descrivere ipotesi in cui il rapporto giuridico — come notava icasticamente SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 9 — si approssimava alla « morte », ad ipotesi cioè in cui « il rapporto giuridico persiste, ma privato in tutto o in parte dell'attuale sua efficacia: potremo dire quasi colpito da sincope »: non era certo possibile

che impone la cedevolezza delle situazioni soggettive, la precarietà della loro « consistenza »⁽⁸⁰⁾, la diminuzione delle garanzie di tutela di fronte ad un potere discrezionale che è divenuto il profilo preminente ed assorbente del rapporto tra amministrazione e cittadino.

Il solco che si scava con le linee del disegno orlandiano si approfondisce, non si limita a variazioni terminologiche o ad innovazioni definitorie, ma giunge ad investire la globalità del modello, perché la centralità conquistata dall'interesse legittimo non è altro che il prodotto della centralità conquistata dal potere discrezionale⁽⁸¹⁾, dall'autonomia che gli apparati amministrativi pretendono di possedere di fronte alla legge.

trovare un costrutto « migliore » per fissare nell'ambito delle situazioni soggettive individuali il primato conquistato dal potere discrezionale.

(⁸⁰) Si tratta infatti di « interessi che, pur comportandosi normalmente verso l'amministrazione e costantemente verso ogni altro subbietto come diritti veri e propri, non costituiscono di fronte alla prima delle facoltà assolutamente perfette, giacché debbono concepirsi quasi in funzione dell'interesse pubblico; quest'ultimo, le cui esigenze l'autorità può più o meno discrezionalmente apprezzare, influisce sulla loro consistenza, ora attenuandola ora facendola venir meno, o definitivamente o anche temporaneamente » (ROMANO, *Principii*, cit., p. 39). Sulla « relatività » dei rapporti giuridici cfr. ancora SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 12; BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, cit., pp. 188 e ss..

(⁸¹) Si consideri anche che il concetto di « diritto affievolito », almeno in questa fase, non serve per spiegare la vicenda del provvedimento ablatorio (come invece sembra ritenere GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. 2^a, cit., p. 19. Una più puntuale ricostruzione in GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 278-9), ma rappresenta una prima formalizzazione per esprimere le « conseguenze » che il primato del potere discrezionale determina sulle situazioni soggettive del cittadino. Il costrutto non è utilizzato quindi per l'espropriazione per pubblica utilità per la quale Romano, sulla scorta di VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, cit., p. 232, preferisce parlare di « conversione di un diritto individuale » (*Principii*, cit., pp. 40 e ss. e pp. 51 e ss.), che a differenza della lesione di un « diritto affievolito » incide sul « contenuto » e non sulla « consistenza » del diritto, dando luogo ad una « responsabilità delle pubbliche amministrazioni per atti legittimi » (p. 53) che si concretizza in un obbligo d'indennizzo del titolare del diritto « convertito ».

In questa fase il rapporto tra potere discrezionale e situazioni soggettive individuali passa essenzialmente attraverso la categoria di diretta

Svanisce la possibilità di risolvere il rapporto col potere in una distinzione propria del diritto comune tra situazioni protette e non protette, nel coordinamento tra tutela di situazioni soggettive e verifica dell'oggettività dell'azione amministrativa: la stessa possibilità teorica dell'affievolimento delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini introduce nelle relazioni con l'amministrazione un fattore eversivo che non può non determinare il primato del potere, stabilire limiti precisi all'intensità della tutela — a partire dall'esclusione degli obblighi risarcitori⁽⁸²⁾ —, affermare sul piano del riparto il venir meno della prevalenza del sindacato del giudice ordinario a favore di una salda centralità del giudice amministrativo nell'ordinamento della tutela.

Gli artifici logici e le profonde perplessità in cui dieci anni prima, nel tentativo di definire uno spazio da assegnare al nuovo giudice amministrativo, era incorso Lorenzo Meucci muovendo dal principio che ogni violazione della norma diretta all'amministrazione

derivazione privatistica dell'« affievolimento », mentre la nozione di « interesse occasionalmente protetto » (*Principii*, cit., p. 38) svolge ancora — come già in Ranelletti (cfr. *retro* nota 63 cap. 2°/2ª pt.) — una funzione residuale: un definitivo inserimento delle due « figure » nel concetto di « interesse legittimo » si avrà qualche anno più tardi con RANELLETTI. *Principii*, cit., pp. 430 e ss., su cui *infra* pp. 451 e ss.

(82) ROMANO, *Principii*, cit., p. 56: va considerata « regola generale » il principio che non sussista « danno giuridico e conseguentemente responsabilità tutte le volte che si rimane nella sfera di poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni: lo sviamento ed in genere il cattivo uso di essi non importa vera lesione di diritti ». La consueta incompatibilità tra esercizio di facoltà discrezionali e responsabilità per fatto illecito della pubblica amministrazione (per tutti cfr. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 268 e p. 357, nel quale la regola generale della responsabilità civile della pubblica amministrazione — cfr. anche REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, cit., pp. 198-201 — risulta tuttavia fortemente condizionata da quel « potere amministrativo » che dovendo avere « di sua natura un potere discrezionale » non poteva che limitare l'esistenza della responsabilità « ai casi in cui questa discrezionalità non sia offesa ») riceve infatti nella rinnovata centralità acquisita dal potere discrezionale e nella tendenza ad una globale « pubblicizzazione » dei rapporti amministrativi (cfr. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 120 e ss.) un poderoso potenziamento, nonostante le aperture che — come sappiamo *retro* nota 71 — la costruzione romaniana permetteva rispetto al rigido sistema di Ranelletti.

dovesse essere sanzionata dal giudice ordinario, che dovesse essere il giudice del diritto comune a verificare il rapporto tra legge ed attività amministrativa⁽⁸³⁾, sono ora radicalmente superate dalla « scoperta » che l'amministrazione non può essere esecuzione di legge, deve agire nei « limiti » del diritto⁽⁸⁴⁾, che la giuridicizzazione dell'agire amministrativo non può rappresentare una tendenza espansiva perché l'apparato conserva un'autonoma capacità di legittimazione, non esprime nella rilevanza del potere discrezionale l'incompleta regolamentazione normativa della fattispecie concreta, ma il simbolo della propria autonomia decisionale.

Il successo della nozione d'interesse legittimo non va quindi registrato soltanto sul piano degli assetti tra le giurisdizioni, perché la soluzione « sostanziale » rispondeva in modo diretto alla scelta operata dalla Corte di Cassazione della *causa petendi* come criterio del riparto o perché rappresentava una soluzione costruita a partire dalla continuità con la sfera dell'« interesse » lasciata nel 1865 all'amministrazione pura, ma deve essere rilevato anche in sede di teoria generale, perché in questo ambito in particolare il concetto diveniva funzionale alla riaffermata libertà dell'amministrazione, sanciva l'impossibilità teorica e politica di un crescente intervento della norma e quindi del Parlamento nella regolazione dell'attività amministrativa.

Si spiega così anche perché l'approdo della nozione alla « teoria generale dei rapporti di diritto amministrativo » che i *Principii* di Santi Romano del 1901 definitivamente confermano, possa avvenire da parte di un giurista che, per l'interpretazione degli istituti di giustizia amministrativa, aveva sposato quella linea « processuale » che nelle pagine di Scialoja, di Orlando, di Mortara, aveva conosciuto le formulazioni più raffinate.

Se Oreste Ranalletti poteva dirsi « particolarmente grato al Romano perché, salvo in qualche punto, egli ha creduto seguire quanto io avevo sostenuto nei miei lavori: così ad esempio per la

(83) Cfr. *retro* pp. 228 e ss..

(84) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 163: « die Formel des Legalitätsprinzipes 'innerhalb der Schranken der Gesetze' ist der charakteristische Ausdruck für die Annahme einer gesetzesfreien Verwaltung, die aber doch eine Verbeugung vor dem Gesetze für notwendig ansieht, ohne sich freilich dem Gesetze schlechthin beugen zu wollen ».

nozione di interesse legittimo » ⁽⁸⁵⁾, ciò non era dovuto al fatto che si era registrata una convergenza interpretativa dei dati istituzionali dell'ordinamento italiano della giustizia amministrativa — sui quali anzi le posizioni dei due giuristi rimanevano ampiamente confliggenti —, ma al comune riconoscimento che nei rapporti tra attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive l'affermata libertà dell'amministrazione doveva esprimersi nel primato del potere discrezionale, e su questo punto — come sappiamo — l'accordo data ormai dagli ultimi anni del secolo appena conclusosi.

⁽⁸⁵⁾ RANELLETTI, *Recensione a Romano, Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 98.

CAPITOLO SECONDO

DAL COMMENTARIO AL CORSO:

IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA LIBERTÀ E POTERE NELL'ITINERARIO GIURIDICO DI FEDERICO CAMMEO

Premessa. — 1. Aperture e contraddizioni di un modello amministrativo: libertà e autorità alla ricerca di una difficile sintesi. — 2. Il potere amministrativo rivendica la sua « specialità ».

Premessa.

L'abbandono dei modelli tradizionali e l'approdo a quella teoria della libertà dell'amministrazione che evocava innanzi tutto un diverso ruolo degli apparati nel sistema politico costituzionale — così evidenti negli scritti di Ranalletti, di Romano, di Borsi — pur rappresentando in prospettiva la linea, che diverrà largamente prevalente sia a livello teorico sia a livello giurisprudenziale, non riuscirono tuttavia, nel primo decennio del secolo, a condizionare integralmente la riflessione della scienza amministrativistica italiana.

Uno dei tentativi più complessi e più importanti, che in questo periodo la giuspubblicistica produsse nella sistemazione dogmatica dei temi della giustizia amministrativa, il disegno che si deve alla potente figura intellettuale di Federico Cammeo ⁽¹⁾, non può infatti

(1) Notizie biografiche su Federico Cammeo (Milano 1872 - Firenze 1939), laureatosi a Pisa nel 1894 e qui libero docente di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione nell'anno accademico 1899-1900, professore ordinario di diritto amministrativo a Cagliari, di procedura civile prima a Padova, poi a Bologna, dal 1924 sino all'allontanamento per le persecuzioni razziali (1938), di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione a Firenze, in P. CRAVERI, *Federico Cammeo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 17, Roma, 1974, pp. 286-8 (con qualche imprecisione nella datazione delle opere). Un toccante ritratto sulla figura umana e professionale di Cammeo in CALAMANDREI, *Federico Cammeo nel decen-*

per molti aspetti inserirsi in un *continuum* senza fratture con l'applicazione teorica ai rapporti tra amministrazione e cittadino di quei modelli amministrativi che così esplicitamente Oreste Ranelli aveva delineato nella prolusione maceratese del 1899.

Lontano dai clamori dei discorsi inaugurali, restio ad offrire un « proprio » modello amministrativo, schivo nei confronti delle grandi tematiche del diritto pubblico generale, poco disponibile ad affrontare in chiave teorico dogmatica i rapporti tra Stato e società o tra Stato e diritto, Federico Cammeo ci offre nel giro di una decina d'anni due poderosi tentativi di sintesi dei fatti amministrativi profondamente avvertiti del conflitto tra autorità e libertà, particolarmente sensibili alla necessità di conciliare le pretese del potere con l'esigenze del cittadino, ma anche consapevoli della difficoltà e talora dell'impossibilità di contemperare in un quadro armonico la preminenza del pubblico e la necessaria garanzia del privato: non è un caso quindi che le pagine di Cammeo rimangano silenziose su profili essenziali, che la trattazione si arresti nel *Commentario* proprio al momento di affrontare quel giudizio davanti alla IV sezione che avrebbe dovuto costituire l'oggetto principale del lavoro ⁽²⁾ e che persino nel *Corso* la riflessione teo-

nale della sua morte, in *Riv. it. scienze giur.*, LV (1949), pp. 388-396, mentre un elenco delle sue opere (sino al 1933) si può leggere in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, vol. I, pp. XXVII-XXXV. Un'elencazione completa delle opere del giurista milanese fino al 1939 può reperirsi nell'opuscolo commemorativo anonimo (ma probabilmente dovuto alle cure dell'amico Piero Calamandrei) stampato a Firenze nello stesso anno della morte (Tip. Niccolai, 1939).

(²) Il *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., non andò infatti oltre quel primo volume (*Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*) che avrebbe dovuto avere carattere introduttivo (*ibid.*, p. 3) allo studio dei « nuovi istituti giurisdizionali » creati dalle riforme crispine. L'opera, la cui pubblicazione definitiva è del 1910, va riportata in realtà ad un periodo di diversi anni precedente: i primi fascicoli, dedicati ai « Principi generali », risalgono infatti al 1900 e sono già ampiamente citati dallo stesso Cammeo nelle note a sentenza apparse nei primissimi anni del '900 sulla *Giurisprudenza italiana*. La stesura delle parti conclusive, in cui viene sviluppata anche la monografia su *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, stampata originariamente in *Giurispr. it.*, LVII (1905), pt. IV, pp. 23 e ss., va ascritta invece ad un periodo posteriore, che per le ultime pagine, in relazione alla letteratura ed alla giu-

rica del giurista milanese, allievo prediletto di Lodovico Mortara e grande conoscitore delle problematiche processualistiche, si fermi proprio quando si trattava di fissare le linee del processo amministrativo⁽³⁾.

Un tentativo incompleto quindi, una sintesi teorica caratterizzata da elementi fortemente confliggenti, da una contraddittorietà che pesca direttamente nel contrasto tra individuo e Stato, tra cittadino e amministrazione, ma che proprio per questo risulta alla fine tanto più viva, tanto più reale ed accattivante, tanto più problematica e suggestiva rispetto alle rigide elaborazioni costruite intorno ad un inflessibile primato degli apparati amministrativi.

Ne viene fuori una descrizione di grande sapienza giuridica, frutto di una profonda esperienza del diritto positivo e di quell'elaborazione giurisprudenziale che Cammeo seguiva e annotava con un lavoro incessante sulle colonne della *Giurisprudenza italiana*⁽⁴⁾, prudente nella presentazione delle soluzioni interpretative, rispettosa, anche per *habitus* professionale⁽⁵⁾, dei dati normativi e delle decisioni giurisprudenziali, convinta che la funzione del giurista dovesse limitarsi ad una sistemazione teorica degli elementi offerti dall'ordinamento, ma anche molto spesso intimamente contrastata, continuamente avvertita della storicità delle costruzioni giuridiche, poco propensa a tradurre in principi dall'assoluto valore

risprudenza citate, si colloca sicuramente alla fine del primo decennio del secolo.

(3) CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 2 voll., Padova, 1911 (edizione litografata), ora ristampato in unico volume con note di aggiornamento a cura di Giovanni Miele, Padova, 1960, ristampa da cui trarremo le citazioni riferite.

Sulla mancata trattazione del processo amministrativo (su cui anche *infra* nota 96) cfr. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. 2, p. 18.

(4) Impressionante il numero delle « note » pubblicate da Cammeo, dalla metà degli anni '90 sino alla morte, nella « parte terza » della *Giurisprudenza italiana*, dedicata alle decisioni del Consiglio di Stato, secondo un criterio di « divisione del lavoro » all'interno della rivista che per molti anni aveva visto contemporaneamente Lodovico Mortara commentare invece la giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di riparto.

(5) Non si deve dimenticare infatti che Cammeo svolse in modo continuativo ed ad altissimo livello la professione forense.

dogmatico, in « invarianti » concettuali scelte occasionali o politiche del legislatore e della giurisprudenza od invenzioni dogmatiche della scienza giuridica.

Sulla base di questa continua relazione tra la consapevolezza della storicità di molte categorie concettuali e l'ossequio puntuale ai dati normativi offerti dall'ordinamento si snoda tutto l'itinerario giuridico di Federico Cammeo, un itinerario che tra le due sue opere maggiori, tra il *Commentario* e il *Corso*, si delinea lungo quel decennio in cui nella sfaccettata molteplicità del dibattito della giuspubblicistica il diritto amministrativo italiano viveva la fase più importante della sua elaborazione dogmatica, della sua costruzione come « complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati ».

Ad un lato di questo ideale percorso intellettuale sta il *Commentario*, un'opera i cui primi fascicoli escono già nel 1900 e che si viene stratificando per acquisizioni successive per tutto il primo decennio del secolo, senza tuttavia che Cammeo provveda, al momento della pubblicazione integrale, ad una sua complessiva rielaborazione e che lascia incompiuta proprio sulla soglia della trattazione della giustizia amministrativa, ma praticamente ormai alla vigilia del grande ripensamento del *Corso*.

Il *Commentario* rimane perciò, pur con tutte quelle soluzioni concettuali che saranno confermate e sviluppate nel manuale, un'opera per più aspetti legata alla temperie di fine secolo, più vicina alle grandi sistematiche di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara che all'asciutta costruzione dogmatica dei *Principii* di Santi Romano, un'opera che respira problematiche « tradizionali », che si muove ancora tra « libertà civile » e « Stato giuridico », tra « legalità » e « Stato libero » alla luce di una continuità di modelli amministrativi che non testimonia soltanto la fedeltà alle impostazioni del maestro⁽⁶⁾, ma che anima l'equilibrato ed originale ripensamento dei rapporti tra autorità e libertà che caratterizza questo importante saggio di sistemazione teorica.

Tra il momento in cui appaiono le prime intense pagine del *Commentario* e quello in cui Cammeo delinea il ben dominato quadro sistematico del *Corso*, le vicende della giustizia ammini-

(6) Proprio a Lodovico Mortara infatti l'opera sarà dedicata.

strativa conoscono un periodo contraddistinto dal progressivo assettamento delle linee istituzionali fissate nel 1865 e nel 1889: la legge del 1907, che introduce la V sezione, consolida certe soluzioni giurisprudenziali, conferma la natura giurisdizionale degli organi di giustizia amministrativa, rappresenta un fattore di ulteriore indebolimento di quella linea processuale condannata ormai ad una funzione di alternativa meramente accademica⁽⁷⁾.

Ed il *Corso* prende realisticamente atto della quasi indiscussa prevalenza del criterio della *causa petendi*, della distinzione ormai obbligata tra diritto ed interesse legittimo e ne propone una soluzione che, pur nella consapevolezza della storicità e dell'equivocità di tante invenzioni teoriche, rappresenta ancora un tentativo per salvare la centralità del giudice ordinario, per garantire un'armonica coesistenza tra il sindacato affidato alla magistratura ed un giudizio amministrativo che si vorrebbe anch'esso di diritto soggettivo.

Le gravi perplessità del *Commentario* si stemperano in una ricostruzione di notevole complessità di cui Cammeo avverte al tempo stesso l'essenzialità per una coerente composizione tra libertà e potere, ma anche l'intima contraddittorietà, si risolvono in una sistemazione dogmatica che vuole ricondurre in un quadro il più possibile armonico i dati dell'ordinamento positivo e le consolidate interpretazioni giurisprudenziali.

Il *Corso* rappresenterà però anche un obbligato riconoscimento della specialità del potere, sancirà limiti imprescindibili al tentativo sperimentato nel *Commentario* — che tante prospettive, ma anche tante contraddizioni aveva aperto — di applicare alla descrizione dei fatti amministrativi quella sistematica del diritto civile che continuamente ripropone, contro le esigenze dell'autorità, accanto ad un'elaborata serie di strumenti dogmatici, la parità del rapporto giuridico, il compenetrarsi di diritto e dovere, la pienezza del sindacato giurisdizionale.

(7) La mancata soluzione normativa dei gravi problemi del riparto (su cui *retro* nota 74 - cap. 1°/3^a pt.) confermò indirettamente il valore normativo delle scelte giurisprudenziali adottate dalla Suprema Corte (*retro* nota 51 - cap. 3°/2^a pt.) ed in particolare la centralità del criterio della *causa petendi*.

La scelta « pandettistica »⁽⁸⁾ di Cammeo rimarrà comunque, ora calata nei tempestosi momenti politici della « crisi di fine secolo » ora nelle difficili costruzioni dogmatiche, il simbolo di una grande consapevolezza di quell'inesauribile conflitto tra libertà e autorità, tra garanzia e supremazia, che sin dalle pagine giovanili era apparso al giurista milanese il dato di più difficile formalizzazione nei rapporti tra amministrazione e cittadino, l'insoluta contraddizione che avvolgeva l'intera dinamica istituzionale.

1. *Aperture e contraddizioni di un modello amministrativo: libertà e autorità alla ricerca di una difficile sintesi.*

La complessa riflessione giuridica di Federico Cammeo sui temi della giustizia amministrativa comincia a prender forma proprio in quella *Wendung* di fine secolo che le forti tensioni politiche, il premere impetuoso dei gruppi sociali sulle strutture dello Stato unitario, l'ampliarsi delle funzioni dell'amministrazione rendevano particolarmente gravida di stimoli e di suggestioni per una revisione globale delle soluzioni istituzionali, per una modifica sostan-

(8) GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 247.

Si ricorderà (*retro* pp. 342 e ss.; nota 79 cap. 1°/3^a pt.; nota 67 cap. 2°/2^a pt.) che anche nelle elaborazioni dogmatiche della giustizia amministrativa di Oreste Ranelletti e di Santi Romano proprio costrutti di derivazione pandettistica avevano svolto un'essenziale funzione. Si ha così la conferma che l'applicazione della sistematica e della problematica privatistica al diritto amministrativo, in una parola il problema della costruzione « giuridica » e formalistica del diritto pubblico sulla base dei modelli metodologici civilistici, una volta calati nel concreto degli istituti, nell'effettività delle applicazioni dogmatiche non possiedono univocità di contenuti e di effetti: all'interno di un comune « metodo giuridico » è necessario quindi individuare la diversità, talora radicale, di valenze e prospettive presenti, cogliere le peculiari mediazioni tentate di volta in volta tra autorità e libertà.

Cfr. anche CARNELUTTI, *Federico Cammeo nella storia della scienza italiana del diritto*, discorso commemorativo tenuto a Firenze il 12 dicembre 1960, Firenze, 1961, p. 16, per il quale il tentativo del giurista milanese di trapiantare nel diritto amministrativo i concetti di diritto soggettivo e di negozio giuridico rappresentò « il primo passo verso il superamento delle teorie particolari nella teoria generale del diritto ».

ziale degli equilibri consolidati tra Parlamento e apparati amministrativi, tra magistratura e amministrazione, tra libertà e autorità.

Di questi rapporti il *Commentario* rappresenta un importante tentativo di ripensamento, un grande affresco dei fatti amministrativi in cui le esigenze garantiste e le prerogative del potere si scontrano e si conciliano continuamente, un volume in cui grande, tortuosa, contraddittoria è la consapevolezza del conflitto tra pubblica amministrazione e cittadino.

In un momento in cui la crescita delle funzioni dello Stato, nuove esigenze di legittimazione della classe dirigente e di stabilità istituzionale richiedevano spazi crescenti di autonomia degli apparati, in un momento in cui le invocazioni dei giuristi — come abbiamo visto — s'indirizzavano verso un sempre più autoritario primato del potere discrezionale, le pacate, prudenti, ma ferme e decise pagine introduttive con cui Federico Cammeo iniziava il grande lavoro del *Commentario* confermavano la conservata validità di quell'equilibrato concorso di garanzia e autorità che aveva caratterizzato le grandi sistematiche di Vittorio Emanuele Orlando e di Lodovico Mortara.

Del resto già nel 1898, quando aveva dato alle stampe per il *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Orlando la monografia *Della manifestazione della volontà dello Stato* ⁽⁹⁾, Cammeo aveva tentato di ricondurre il rapporto tra amministrazione e cittadino ad un quadro teorico consapevole del conflitto, ma anche avvertito della necessità di sviluppare il processo di progressiva giuridicizzazione della decisionalità amministrativa, convinto che la sistematica del potere non potesse in alcun modo prescindere dai limiti e dalle garanzie che a questo potere dovevano essere fissate.

Il difficile tema della potestà regolamentare aveva così costituito un possibile terreno su cui verificare il problema del potere e dei suoi limiti, l'occasione per rivisitare le tradizionali definizioni di Rudolf von Gneist sul fondamento del *Verordnungsrecht* ⁽¹⁰⁾,

⁽⁹⁾ CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, (1898), in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. 3°, cit., pp. 3 e ss..

⁽¹⁰⁾ GNEIST, *Verordnungsrecht*, in *Rechtslexikon*, hrsg. von F. von Holtzendorff, dritte Auflage, dritter Band, zweite Hälfte, Leipzig, 1881,

nella considerazione che la corretta soluzione dei rapporti tra legge e regolamento rappresentava non soltanto la condizione preliminare per delineare la teoria della « difesa del cittadino contro l'atto della pubblica amministrazione », ma anche « la base di quella libertà civile che ormai, assicurata più o meno completamente la libertà politica, è il campo del diritto pubblico ed in particolare del diritto amministrativo, il cui ideale è appunto lo stato giuridico » ⁽¹¹⁾.

Discrezionalità dell'agire amministrativo, potere normativo della pubblica amministrazione, libertà civile dei cittadini diventano profili convergenti di un disegno che non rinuncia all'individuazione tradizionale del fondamento della potestà regolamentare nel potere discrezionale degli apparati, ma che ne tenta al tempo stesso una lettura in chiave garantista che ricorda certe posizioni spaventiane e che rappresenta un presupposto importante per quella trattazione più complessiva della discrezionalità amministrativa che Cammeo cercherà di delineare nelle sue opere maggiori.

La rigida correlazione stabilita da Gneist tra discrezionalità e potestà regolamentare, tra la necessaria « freie Tätigkeit » degli apparati ed il loro potere di fissare in via preventiva una linea di condotta, una sorta di « autolimitazione » del proprio agire libero con il solo limite del *Vorbehalt des Gesetzes* nei campi già regolati dalla norma legislativa, la formalizzazione della potestà regolamentare in funzione esplicita ed esclusiva dell'autorità degli apparati, della loro autonomia e indipendenza nell'ordinamento costituzionale ⁽¹²⁾, si convertono nelle pagine di Cammeo in una complessa ricostruzione che recupera da una parte la necessaria autorizzazione legislativa sia pure « tacita e generale » per l'esercizio di una funzione che, per quanto « lata si possa considerare e desiderare »,

pp. 1059 e ss., secondo il quale il fondamento della potestà regolamentare doveva essere individuato nel fatto che « dass was die Obrigkeit im einzelnen Fall zu gebieten oder zu verbieten befugt ist, solches sie auch für alle Fälle gleicher Art gebieten und verbieten mag ». Sulla posizione di Gneist si vedano le osservazioni di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1958, p. 166.

⁽¹¹⁾ CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 6.

⁽¹²⁾ GNEIST, *Verordnungsrecht*, cit., pp. 1063-4: difficilmente troveremmo aperture garantiste, infatti, in questa ricostruzione che il giurista berlinese fa della potestà regolamentare.

rappresenta pur sempre un'« eccezione » evidente al principio che assegna al potere legislativo la facoltà di emanare « leggi in senso materiale »⁽¹³⁾ e dall'altra sfrutta le potenzialità connesse ad un'estesa giuridicizzazione della sfera discrezionale anche in funzione di un'espansione delle possibilità di tutela del cittadino.

La funzione regolamentare, da momento caratteristico dell'autorità degli apparati, è ricondotta ad una logica garantista che rinvigorisce i limiti dell'ordinanza nei confronti dell'atto legislativo e che sviluppa il *topos* dell'incompleta formazione del diritto amministrativo per porre accanto alla legge un'altra fonte normativa che anche attraverso l'emanazione di « leggi materiali » da parte dell'esecutivo contribuisca ad estendere il dominio del giuridico nei fatti amministrativi⁽¹⁴⁾, ad ampliare la sfera del diritto obiettivo e conseguentemente a sviluppare le possibilità di tutela degli interessi privati garantiti dalle disposizioni regolamentari.

L'adeguamento della fonte tedesca al sistema costituzionale italiano non comporta così un'alterazione della linearità del modello parlamentare rappresentativo, non costituisce né il canale per percorrere le contemporanee ipotesi sonniniiane d'involuzione autoritaria dell'ordinamento né il sostegno autoritativo sul quale innalzare un nuovo primato degli apparati.

Il nesso discrezionalità potere normativo degli organi della pubblica amministrazione non è colto sotto il profilo autoritario, non è sfruttato per massimizzare le facoltà « libere » degli apparati, per rivendicare loro un'autonomia nei confronti degli organi parlamentari che faccia leva sulla generalizzazione delle facoltà di

⁽¹³⁾ CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., pp. 145-7.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 132 e ss. per il carattere giuridico degli stessi regolamenti di organizzazione. Cammeo affermava così un principio generalmente contestato dalla dottrina tedesca sulla base dell'assunto (come ricordava con felice ironia KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für soziales Recht*, I (1929), trad. ital. a cura di C. Geraci, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Id.*, *Il primato del parlamento*, cit., p. 130) che « queste norme restano limitate all'ambito dell'apparato statale, non vanno oltre lo stato stesso, sicché, essendo solo stato, non sono diritto: come se l'apparato statale fosse qualcosa di diverso da un sistema di norme ». Per le posizioni della dottrina italiana in materia cfr. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., pp. 44-5.

legislazione materiale da parte dell'esecutivo, ma s'inscrive in una logica istituzionale che rivendica l'esistenza di una norma generale di libertà dei cittadini, tende ad enumerare le competenze e le prerogative del governo, riafferma la centralità e la generalità delle competenze parlamentari ⁽¹⁵⁾.

Il modello caro a Lodovico Mortara dello « Stato libero » non si riduce ad espressione vuota e tralatizia, ma rappresenta un concreto disegno istituzionale in cui la maggiore complessità, che lo schema della divisione dei poteri vive in una dimensione costituzionale arricchita e complicata da nuove funzioni e nuovi organi, non altera l'idea fondamentale del controllo reciproco tra i poteri, non incrina il primato della funzione legislativa.

La capacità di « reinserire nella cornice ideologica dello Stato liberale » ⁽¹⁶⁾ quel potere normativo esercitato direttamente dall'esecutivo che rischiava di spezzare la razionalità del principio di separazione dei poteri, la possibilità di utilizzare anche in funzione della libertà del cittadino un potere ancorato alla sfera di libertà dell'amministrazione non discendono quindi da operazioni di trasformismo concettuale o da sofisticate operazioni dogmatiche, ma dall'adesione a quel modello dello « Stato libero » in cui la discrezionalità amministrativa rimane strettamente funzionale all'incompleta formazione del diritto pubblico, deriva dall'impossibilità di prevedere le infinite contingenze del rapporto amministrativo, ma non esprime mai il veicolo attraverso il quale rivendicare una diversa posizione degli apparati nel sistema politico costituzionale.

⁽¹⁵⁾ « La questione se, dato un ordine di rapporti non regolati dalla legge, possa validamente il Governo emanare un regolamento, si riduce a determinare se nel silenzio della legge debba presumersi la potestà sovrana dell'amministrazione o la libertà dei cittadini. Negli Stati liberi, in Italia in particolare, non è possibile esitare fra le due opinioni: la seconda s'impone » (CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 143). Per lo stesso motivo l'istituto del decreto legge incontra nell'ordinamento postunitario un « divieto assoluto », « poiché i poteri del Governo sono per noi enumerati espressamente e nel silenzio della legge devesi presumere la competenza legislativa e non quella governativa » (*ibid.*, p. 199). Significativamente alternativa era — come sappiamo, *retro* pp. 330-1 — la posizione che nello stesso torno di tempo stava delineando Oreste Ranalletti.

⁽¹⁶⁾ E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 96.

L'idea spaventiana del regolamento come « rimedio » alle ingerenze dei partiti nell'amministrazione⁽¹⁷⁾, come strumento di tutela dell'imparzialità dell'istituzionale nei confronti dell'instabile precarietà ed arbitrarietà del politico, come mezzo di autodifesa e autolimitazione esercitato dalla stessa amministrazione a garanzia dell'obiettività del proprio operato, ricompare, depurata dalle contingenze politiche, nella ricostruzione di Cammeo nell'immutata duplicità di un istituto giuridico in cui confluiscono discrezionalità e giuridicità, manifestazioni d'autorità e funzioni garantiste, in cui l'amministrazione al tempo stesso comanda e protegge, impera e tutela.

E questa duplicità accentua indubbiamente la forte conflittualità della ricostruzione, riconferma l'essenzialità della stessa amministrazione nella garanzia dell'oggettività della funzione, ribadisce i limiti delle possibilità di tutela del cittadino nei confronti di un potere amministrativo a cui si è costretti a riconoscere decisivi poteri di autocontrollo, che in questo caso si esercitano attraverso un processo di autolimitazione normativa delle facoltà discrezionali.

Il regolamento diventa così « una garanzia di libertà, di eguaglianza, di giustizia e non mai di pericolo per i cittadini »⁽¹⁸⁾, ma al tempo stesso resta l'espressione di una potestà di legislazione

(17) SPAVENTA, *L'amministrazione della pubblica istruzione*, discorso pronunciato alla Camera dei Deputati nella tornata del 16 dicembre 1881, ora in *Id.*, *La politica della Destra*, cit., p. 309: « e dove è più necessario un regolamento che nell'esercizio d'un potere, il quale non può essere usato con imparzialità, indipendenza, giustizia e rispetto dei diritti e interessi altrui, se non con regole certe e con criteri noti e stabiliti? Sì, dovunque il Governo è chiamato a spiegare l'azione sua di rincontro ad interessi altrui, ha l'obbligo di regolare questa azione in modo che si faccia riconoscere come azione di un governo e non come azione di un uomo ». L'affermazione di Spaventa (che rientrava in una polemica parlamentare con il ministro Baccelli per la quale rinviamo a GHISALBERTI, *Silvio Spaventa teorico dello Stato liberale*, cit., pp. 301 e ss.) era stata raccolta qualche anno più tardi anche da CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, cit., p. 64, per il quale uno degli scopi principali della potestà regolamentare doveva « essere quello di difendere dall'ingerenza dei partiti e dei sollecitatori anche quella parte dell'amministrazione su cui il dettar norme legislative riuscirebbe più dannoso che utile ».

(18) CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 129.

materiale che deve essere rigorosamente delimitata, autorizzata almeno implicitamente da una norma, ricondotta rigorosamente al primato della legalità e della legge, mentre il « rispetto dei limiti tra legge e regolamento » assurge a « questione essenziale dello Stato costituzionale » (19).

Amministrazione e diritto rimangono termini componibili nella misura in cui è possibile riconoscere alla stessa amministrazione la possibilità di garantire la giuridicità del proprio operato, è possibile ricondurre l'imprescindibile discrezionalità dell'agire amministrativo ad una logica istituzionale che media e contempera autonomia degli apparati e centralità del Parlamento, libertà dell'amministrazione e libertà del cittadino.

Indiscussa e indiscutibile la sottoposizione dell'amministrazione alla legge, riconfermata l'assoluta preminenza della funzione legislativa, è possibile tuttavia rintracciare nelle pieghe dell'imperatività della norma, nelle ampie clausole autorizzatrici che caratterizzano il rapporto tra legge e attività amministrativa lo spazio concreto e la possibilità teorica di una facoltà che, legittimata, per quanto in senso lato, dall'autorizzazione legislativa, attribuisce alla stessa amministrazione la prerogativa di determinare la giuridicità del rapporto, di emanare norme giuridiche, di fissare i criteri e le regole per l'esercizio del proprio potere.

Il regolamento conserva perciò il carattere ineliminabile di forma di espressione del potere, non può dissociarsi dal momento autoritativo: la necessaria attribuzione normativa della potestà regolamentare discende proprio dal fatto che con essa l'amministrazione esercita un potere eccezionale di comando in via generale ed astratta che appartiene in modo esclusivo alla funzione legislativa e che esclude, in un ordinamento incentrato sulla presunzione della libertà dei cittadini, l'esistenza di un « diritto proprio » del Governo all'emanazione di norme regolamentari negli spazi non disciplinati dalla legge (20).

(19) *Ibid.*, p. 215. Si veda anche, oltre alla citazione riportata alla nota 15, CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., pp. 95-6.

(20) « Una larga corrente di dottrina, particolarmente tedesca, crede che il Governo possa emanare regolamenti per diritto proprio sopra tutti quei rapporti ai quali non provvede una legge » (CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 139).

La possibilità di una lettura in senso garantista della funzione regolamentare s'insinua così in modo precario all'interno di una dimensione che appartiene esclusivamente all'autorità, conferma l'inscindibilità di garanzia e supremazia, l'intrinseca debolezza del processo di giuridicizzazione della sfera discrezionale.

Il difficile equilibrio tra libertà e potere che caratterizzerà tutto l'itinerario giuridico di Federico Cammeo è già delineato e raggiunto in queste pagine giovanili in cui sotto vesti concettuali più dominate ricompare continuamente il contraddittorio conflitto tra libertà del cittadino e libertà dell'amministrazione che dal 1865 animava la riflessione istituzionale della classe dirigente liberale.

Ma in un momento in cui le invocazioni ricorrenti spingevano l'amministrazione al centro del sistema politico costituzionale, il monito di Cammeo a circondare « delle più salde garanzie »⁽²¹⁾ le relazioni tra legge e regolamento, tra Parlamento e amministrazione, la ricerca dei pur limitati e precari processi di giuridicizzazione che potevano rintracciarsi nell'estensione del campo di applicazione della norma regolamentare nella sfera delle decisioni amministrative, rappresentavano comunque un segnale importante che confermava l'essenzialità che i profili garantisti dovevano conservare, anche in una fase di accentuata crisi istituzionale, all'interno della dinamica del potere.

Ed in questa stessa direzione si muove due anni più tardi il grandioso progetto del *Commentario*, un progetto che riporta la centralità della problematica amministrativa sui temi della tutela individuale e che nella « sicura garanzia dei cittadini contro i possibili arbitri dell'amministrazione attiva » individua ancora la funzione preminente del diritto amministrativo⁽²²⁾.

« Il problema della legalità dell'amministrazione » riconquista il rango di « problema giuridico più grave del diritto pubblico nello stato libero », ritorna ad essere « il vero problema della libertà dei cittadini », quando si andava ricomponendo la grande cesura della crisi di fine secolo, quando le « conquiste politiche » potevano dirsi ormai sfuggite ai « gravi pericoli » che le avevano insidiate,

⁽²¹⁾ *Ibid.*, p. 215.

⁽²²⁾ CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 3.

mentre il fatto che la « società politica sembr(asse) almeno temporaneamente piuttosto inclinata al regresso che al progresso » poteva ormai considerarsi una « pessimistica previsione »⁽²³⁾.

Si delinea una posizione esattamente contrapposta e alternativa a quella espressa nella prolusione maceratese di Oreste Ranalletti: apertosi un piccolo ottimistico spiraglio sul futuro dello Stato liberale, rinsaldata, pur se tra gravi travagli, la capacità della libertà politica di resistere al centro dell'ordinamento⁽²⁴⁾, il lavoro della giuspubblicistica deve concentrarsi sulla libertà civile, deve fornire una composizione giuridica a quel conflitto tra amministrazione e cittadino che l'« ampliarsi delle funzioni dello Stato »⁽²⁵⁾, l'estendersi dei settori di attività amministrativa rendono sempre più grave e che tende perciò ad occupare una posizione sempre più strategica all'interno della dinamica istituzionale.

In questa fase delicata che vede il crescere dei compiti dello Stato il ruolo del giurista non deve essere quello di ampliare gli spazi di autonomia degli apparati, di potenziare i profili discrezionali dell'agire amministrativo, di confermare la radicale soggezione della libertà civile del singolo all'onnipotenza della persona giuridica statale, ma quello di garantire il rispetto dei vincoli normativi, di assicurare attraverso la tutela giurisdizionale l'integrità del rapporto e la soluzione del conflitto tra discrezionalità e diritto soggettivo, « senza di che il potere dello Stato potrebbe divenire di nuovo tirannia poliziesca »⁽²⁶⁾.

(23) *Ibid.*, p. 2: si tratta di passi che, pur non contenendo riferimenti espliciti alle vicende della crisi di fine secolo, non potevano non esprimere, per il momento storico in cui venivano composti — il 1900 appunto —, una chiara indicazione politica, una valutazione lucida e allarmata dei pericoli d'involuzione autoritaria che avevano rischiato di stravolgere l'ordinamento liberale.

(24) Sul fatto che il superamento della crisi di fine secolo ed il suo riassorbimento nell'ambito del sistema politico tradizionale, dimostrasse, « nonostante carenze ed angustie innegabili », la vitalità del sistema liberale rappresentativo nato dall'unità, si vedano le considerazioni di AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, cit., p. 181.

(25) CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 3: proprio la consapevolezza dei mutamenti strutturali in corso nei rapporti tra l'azione dello Stato e i fattori economici e sociali, richiede al giurista una particolare sensibilità per i profili garantisti dell'attività amministrativa.

(26) *Ibid.*, p. 3.

Disegnato in un momento in cui il sistema liberale si era dimostrato capace di riassorbire al proprio interno i tentativi di eversione autoritaria del modello parlamentare rappresentativo, il progetto del *Commentario* si colloca quindi per più aspetti su di un versante alternativo a quello sul quale si andavano schierando le costruzioni di Santi Romano e di Oreste Ranelletti, offre un tentativo di lettura dei fatti amministrativi in cui rilevante appare il momento soggettivistico, in cui al primato del potere discrezionale si contrappone l'esigenza di sottoporre la libertà dell'amministrazione a precisi vincoli giuridici, ad un pieno controllo giurisdizionale.

Ai processi di trasformazione dello Stato, ai problemi di legittimazione della classe dirigente non è possibile rispondere esasperando la libertà degli apparati, accentuando la specialità del diritto amministrativo, la sua autonomia concettuale e scientifica rispetto al diritto comune, favorendo la tendenziale espansività dei rapporti di tipo pubblicistico, riducendo il processo di giuridicizzazione del potere amministrativo nelle linee di una costruzione teorica che attraverso il concetto di diritto affievolito amplifica la discrezionalità della pubblica amministrazione ed esprime la cedevolezza delle situazioni soggettive dei cittadini.

Al modello di Santi Romano e di Oreste Ranelletti che, muovendo dalla consapevolezza della crisi strutturale dello Stato liberale, dalla crescente funzione che l'amministrazione era chiamata a svolgere sia a livello economico sia istituzionale, traduceva, sul piano delle costruzioni giuridiche, nel primato del potere discrezionale e nella centralità del concetto di interesse legittimo il nuovo ruolo costituzionale affidato agli apparati, Federico Cammeo contrappone un progetto di sistemazione teorica dei fatti amministrativi che riscoprendo la dialettica tra libertà e autorità cerca di ricondurre il conflitto tra interesse pubblico e privato nelle categorie concettuali del diritto civile, gioca la grande, contraddittoria scommessa di affermare la centralità del diritto soggettivo e la piena giurisdizionalità della tutela anche nei rapporti tra cittadino e potere, all'interno della sfera di libertà amministrativa (27).

(27) « Non ci pare che partendo da nozioni privatistiche si incorra nel pericolo di una eccessiva confusione fra gius privato e gius pubblico. Prescin-

Percorrendo la strada esattamente contraria a quella di Santi Romano, Cammeo rifiuta la prospettiva di approfondire la separazione concettuale tra diritto civile e amministrativo, d'individuare linee di teoria generale che si sottraggano all'ipoteca privatistica e che esprimano nella centralità della discrezionalità e nell'autonomia del potere l'irriducibile specificità del « pubblico », assegna di nuovo al diritto privato la sua natura di diritto comune, di serbatoio non solo di costruzioni dogmatiche, di tecnica consolidata, di elaborazione plurisecolare, ma anche di razionali soluzioni al contrasto degli interessi, di strumentari giuridici per comporre, attraverso la predeterminazione normativa, il conflitto tra i soggetti, per ricondurlo all'interno dell'ordinamento, nell'alveo della giurisdizione ⁽²⁸⁾.

S'introduce così nella trattazione dei fatti amministrativi un elemento di continua tensione, di continua dialettica, uno scontro incessante tra l'intrinseca razionalità che il diritto privato esprime nella parità del rapporto e nella pienezza della tutela giurisdizionale e le esigenze del potere, le prerogative che la pubblica amministrazione deriva dalla sua posizione di supremazia e che costantemente rimette in discussione la possibilità stessa dell'applicazione di quei principi, incrina la linearità del modello ricostruttivo, ripropone la specialità del diritto amministrativo.

Alla rigida concatenazione romaniana di teorie generali costruite saldamente intorno ad un'amministrazione come persona giuridica dotata di supremazia, intorno al concetto di autorità che unifica tutti gli istituti, ne sottolinea la specialità, l'irriducibilità agli schemi del diritto privato, si sostituisce una ricostruzione con-

dendo dal considerare la difficoltà che s'incontra nel distinguere i due diritti e data la loro comune identità fondamentale, ci pare che debbasi anche qui (a proposito del concetto di diritto soggettivo, cioè) procedere dal noto all'ignoto, salvo rilevare le differenze. Ed invero la nozione di diritto subbiettivo fu formulata anzitutto per i rapporti giuridici privati » (*ibid.*, pp. 104-5).

⁽²⁸⁾ La prevalenza dell'interesse pubblico sul privato va ricondotta nell'ambito della norma e la composizione del conflitto d'interessi « deve sempre dipendere, sia che trattisi di diritto privato o di pubblico, dalla interpretazione delle norme, che per dirimere quel conflitto debbono essere state già in precedenza fissate » (*ibid.*, p. 9).

flittuale che da una parte continuamente riafferma l'identica sottoposizione alla norma dei soggetti pubblici e privati⁽²⁹⁾ e dall'altra è costretta a riconoscere in ogni istituto, di fronte ad ogni disposizione legislativa le prerogative del potere, la disparità del rapporto, la natura autoritaria della pubblica amministrazione.

L'orizzonte ideologico rimane quindi quello tradizionale dei Mancini e degli Spaventa, dei Meucci e degli Orlando, degli Scialoja e dei Mortara, ritorna il conflitto tra libertà del cittadino e libertà dell'amministrazione a suo tempo fissato nella distinzione tra diritto e interesse, tra garanzia di situazioni soggettive dei cittadini e tutela dell'oggettività e della stabilità dell'istituzionale, si rinnova l'obiettivo di estendere l'imperatività della norma legislativa sui fatti amministrativi, a garanzia dei cittadini e a tutela dell'integrità del potere; ma al tempo stesso si tenta una nuova formalizzazione dei rapporti tra cittadino e amministrazione, si cerca per la prima volta d'imbrigliare la libertà amministrativa in linee giuridiche che non alterino la soggettività del rapporto, si vuole offrire delle leggi del 1889 una lettura che alla difesa dell'integrità del potere anteponga invece la garanzia delle posizioni individuali.

Il rifiuto del principio dell'amministrazione esecutrice di legge si sottrae alla pericolosa ipotesi della teoria della libertà dell'amministrazione, si emancipa dal progetto « costituzionale » di assegnare un nuovo ruolo agli apparati amministrativi negli equilibri istituzionali, per tradursi in una precisa ricostruzione della discrezionalità amministrativa che vuole conseguire la progressiva giuridizzazione del potere attraverso gli schemi del diritto privato e che pertanto rifiuta il parallelo processo che, sviluppatosi a partire dalla lettura giuridica della sfera di amministrazione pura, stava delineando una sistemazione teorica che, attraverso la conquistata centralità della nozione di interesse legittimo, amplificava i poteri autoritativi degli apparati, consolidava la specialità del diritto amministrativo.

(29) Di qui la necessità di difendere il principio di divisione dei poteri (al quale « noi riconduciamo in gran parte la nozione strettamente giuridica dello stato libero, la definizione e la tutela dei diritti pubblici dei cittadini mediante la giurisdizione ») contro quegli scrittori che pretendono che esso « spezzi l'unità statale, ma che vogliono ricostruire questa unità ad esclusivo profitto del monarca » (*ibid.*, p. 58).

Pur muovendosi su di un piano di continuità sostanziale con gli equilibri fissati sin dall'unificazione tra diritto soggettivo e discrezionalità, tra centralità del giudice ordinario e amministrazione pura, tra Parlamento e apparati amministrativi, Cammeo non rappresenta soltanto l'ennesima variante concettuale della consolidata mediazione tra esigenze del privato e prerogative del potere, la difesa del punto di vista tradizionale contro i nuovi modelli amministrativi, ma esprime anche un'importante alternativa ricostruttiva che riconferma l'indispensabilità di una piena tutela delle situazioni di vantaggio dei cittadini in una fase di espansione delle funzioni dello Stato, nega l'autonomia dell'ordinamento amministrativo dall'ordinamento comune, l'originarietà del potere degli apparati, e risolve in una complessa ricostruzione teorica dei rapporti tra legge e amministrazione gli spazi di autonomia assegnati dalla norma alla decisionalità amministrativa, reinserendo l'attività pubblica in una prospettiva che ne dovrebbe assicurare il pieno controllo giurisdizionale.

Alla tradizionale distinzione tra diritto e interesse, tra giurisdizione soggettiva e oggettiva e alla nuova distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo Cammeo contrappone così il tentativo, tormentato, contraddittorio, incompiuto, ma di grande rilievo ideologico e concettuale, di approdare ad una descrizione dei fatti amministrativi partendo dalla centralità del diritto soggettivo e dalla piena giurisdizionalità della tutela.

Ancora una volta il rapporto tra legge e amministrazione rappresenta il fulcro dell'intera riflessione giuridica, il cardine intorno al quale erigere la sistemazione dogmatica degli istituti, ma il rifiuto del principio dell'amministrazione esecutrice di legge introduce in questo caso variabili sconosciute, offre nuove potenzialità per contemperare la necessaria libertà di valutazione degli apparati con le esigenze della garanzia e del controllo, per aggiornare il modello del *Rechtsstaat*, ma al tempo stesso confermarne l'intrinseca natura di « Stato costituzionale », di organizzazione politica in cui la norma di chiusura è ancora una norma generale di libertà.

Un consapevole rinvio ai modelli *justizstaatlich* di Otto Bähr apre infatti una prospettiva radicalmente diversa, inconsueta, che riporta alla dimensione del diritto comune il rapporto tra legge e

amministrazione⁽³⁰⁾, tenta di risolvere il conflitto tra l'attività degli apparati e le situazioni soggettive individuali attraverso una soluzione che riscopre un'« autonomia » degli organi amministrativi nel perseguire l'interesse pubblico, ma che al tempo stesso depotenzia la carica autoritativa delle forme d'azione del potere, rivaluta la funzione del giudice, conferma l'imprescindibile completezza della tutela.

In questo senso una grande rilevanza assume la critica che Cammeo muove alla definizione con cui Otto Mayer pochi anni prima aveva sintetizzato il concetto di atto amministrativo e che nello stesso torno di tempo veniva recepita e utilizzata negli scritti di Umberto Borsi⁽³¹⁾: la critica di Cammeo a Mayer dimostra infatti la radicale diversità di modelli che i due giuristi avevano di fronte, colpisce un punto centrale del *Deutsches Verwaltungsrecht*, getta nuova luce sull'alternativa ricostruttiva del *Commentario*, sui suoi limiti, sulle sue potenzialità.

Attribuendo all'atto amministrativo il carattere della negoziabilità⁽³²⁾ Cammeo non si limitava a trasportare nel campo del diritto amministrativo un costrutto teorico dalle grandi possibilità sistematiche ed utilizzabile per la classificazione degli atti, dei vizi, dei possibili rimedi⁽³³⁾, ma introduceva un'equiparazione tra manifestazione di volontà dello Stato e del cittadino densa d'implicazioni innovative che non investivano soltanto le linee della costruzione dogmatica, ma lo stesso ruolo che l'amministrazione era chiamata a giocare nell'ordinamento costituzionale.

Non si contesta infatti della definizione di Mayer il carattere

⁽³⁰⁾ Cfr. *ibid.*, p. 96: l'autorità di Bähr (su cui *retro* nota 54 - cap. 2°/1^a pt.) è invocata per definire la relazione tra legge e attività amministrativa. « È essa da assomigliarsi al rapporto che esiste fra la legge e l'autorità giudiziaria o a quello che intercede fra la legge e il cittadino? Noi crediamo che questa seconda analogia sia più esatta della prima ».

⁽³¹⁾ È riportata *retro* alla nota 35 - cap. 1°/3^a pt..

⁽³²⁾ CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 93; ID., *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 40: « il provvedimento amministrativo si assomiglia grandemente nel diritto pubblico a ciò che nel diritto privato dicesi negozio giuridico ».

⁽³³⁾ Sul punto GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., p. 162 e più in generale ID., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 247.

autoritativo dell'azione amministrativa o i margini di autonomia che la norma lascia all'attività degli apparati, ma la possibilità che con tale attività l'amministrazione arrivi a dichiarare il diritto⁽³⁴⁾, si arroghi un potere che nell'ordinamento appartiene esclusivamente alla magistratura, un potere di fissare la norma per il caso concreto che non può essere assegnato ad organi che con quegli atti perseguono invece i propri interessi.

S'incrinerebbe infatti la linearità stessa del modello dello « Stato giuridico », si attribuirebbe all'amministrazione un potere di determinare la giuridicità del rapporto che limiterebbe drasticamente la possibilità di una successiva, piena tutela giurisdizionale⁽³⁵⁾: nel diritto amministrativo come nel diritto privato la funzione di chiusura dell'ordinamento non può che spettare agli organi giurisdizionali, a loro e solo a loro deve essere affidato il compito di verificare se l'amministrazione o il privato nella regolazione dei loro interessi, nella determinazione dei loro rapporti, hanno o meno violato il diritto: la negoziabilità così come il rifiuto dell'amministrazione esecutrice di legge hanno nello schema di Cammeo lo scopo preciso di potenziare la funzione del giudice, tradurre l'impossibilità di un ordinamento ideale in cui l'amministrazione agisce sulla base di norme perfette e complete e in piena imparzialità, in un ordinamento concreto in cui il potere giudiziario è chiamato a garantire gli interessi individuali, a sanzionare gli elementi di doverosità stabiliti dal diritto oggettivo anche nei confronti dell'azione amministrativa.

(34) Il dissenso si appunta sul fatto che l'amministrazione possa determinare « was für ihn (il suddito) Rechtens sein soll ». « Che ogni atto amministrativo sia una dichiarazione di ciò che è diritto, può essere un ideale raggiungibile solo quando le leggi sieno perfette e complete e l'amministrazione assolutamente imparziale. Ma come ogni altro ideale non risponde alla realtà, ed il credervi che vi risponda è praticamente dannoso » (CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 95).

(35) *Ibid.*, p. 96: « la nozione che l'atto amministrativo dichiara il diritto è evidentemente d'ostacolo a che si ammetta l'esistenza di funzioni e di organi diretti alla reintegrazione del diritto pubblico con carattere veramente giurisdizionale. E siccome in fatto è impossibile che le violazioni non avvengano, potrebbero queste rimanere senza il più energico dei rimedi. Ed è appunto per questo motivo, che abbiamo insistito sul carattere di negozi giuridici degli atti amministrativi, il quale tende ad escludere l'altra pericolosa nozione ».

Non è possibile assegnare alla stessa amministrazione il compito di determinare la giuridicità del proprio ordinamento, così come non è possibile prescindere dall'essenziale funzione giurisdizionale: se nello schema di Mayer la giustizia amministrativa si pone come eventuale, possibile, ma non indispensabile strumento attraverso il quale assicurare « eine gewisse Verbesserung und Verstärkung » delle posizioni giuridiche del singolo verso il potere pubblico⁽³⁶⁾, se la stessa amministrazione rivendica la specialità delle sue manifestazioni di volontà, « die bindende Kraft des Verwaltungsaktes », la capacità di determinare « aus eigener Kraft » la giuridicità del proprio operato⁽³⁷⁾, nella riflessione di Federico Cammeo ricompare l'identica soggezione alla legge dei soggetti pubblici e privati, il rifiuto di una presunzione di legittimità e di giustizia nell'operato del potere pubblico, l'identità strutturale della giurisdizione civile e della giurisdizione amministrativa.

Si comprende così anche la diversa funzionalità che in questo schema svolge il rifiuto del principio dell'amministrazione esecutrice di legge: questo rifiuto infatti non rappresenta la valvola attraverso la quale affermare la « libertà dell'amministrazione », un potere di apprezzamento degli interessi collettivi che gli apparati derivano direttamente dalla loro posizione costituzionale, dalla possibilità di autolegittimarsi nella stessa necessità della loro esistenza, ma la condizione per riconfermare la centralità nell'ordinamento della funzione giurisdizionale che « continuando in concreto l'opera della legislazione, riconosce caso per caso quali siano i limiti dell'arbitrio lasciato agli organi amministrativi e li sanziona con i suoi comandi »⁽³⁸⁾.

La negozialità dell'agire amministrativo si pone in funzione diretta della piena giurisdizionalità della tutela, la libertà, l'« autonomia amministrativa » diventa la condizione principale per poter affermare che il controllo giurisdizionale non si esaurisce in una

(36) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 162. Cfr. anche FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 624-5; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die « juristische Methode » im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982, spec. pp. 83 e ss., il capitolo *Das moderne Verwaltungsrecht als Kompromiss von Staatsidee und Rechtsstaatsidee*.

(37) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 94 e p. 74.

(38) CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 60. Definizione analoga in MORTARA, *Commentario*, cit., p. 20 e riportata *retro*, p. 314.

verifica formalistica della legittimità dell'azione, ma si risolve in un sindacato pieno del diritto e del fatto, in una valutazione degli interessi in conflitto non pregiudicata dalla valutazione che di quegli interessi ha dato il provvedimento amministrativo⁽³⁹⁾.

La rivendicazione all'amministrazione della possibilità di una disposizione della fattispecie non integralmente vincolata dalla norma e tendenzialmente analoga all'autonomia privata si pone, nella piena consapevolezza delle valenze degli strumentari giuridici adoperati, come presupposto essenziale per ricondurre la dinamica amministrativa nell'orbita del diritto comune, per arginare la prevalente tendenza ad esasperare i caratteri « speciali » dell'azione dei poteri pubblici, per riconoscere agli organi di giustizia amministrativa l'esercizio di una piena funzione giurisdizionale.

La tendenza « pandettistica » dimostra in questo caso tutte le sue potenzialità, introduce lo schema del rapporto giuridico, del diritto soggettivo, della giurisdizionalità della tutela all'interno della sfera di libertà dell'amministrazione, rompe la consueta duplicità tra diritto e interesse, tra giurisdizione soggettiva e oggettiva, propone una lettura delle funzioni della giustizia amministrativa che rifiuta l'« oggettività » del controllo, la verifica limitata alla legittimità, il ruolo accessorio dell'interesse privato.

In questo senso la posizione di Cammeo si differenzia sensibilmente non solo dalla tendenza esasperatamente pubblicizzante di un Ranelletti o di un Romano, ma anche dai tradizionali modelli spaventiani e orlandiani: il rilievo preminente che la funzione giurisdizionale assume nell'assicurare la giuridicità dell'ordinamento amministrativo, il tentativo di applicare gli schemi negoziali alle forme di azione dell'autorità, esprimono un progetto di giuridicizzazione degli spazi di discrezionalità amministrativa non più inquadabile nel modello della « giustizia nell'amministrazione ».

La tendenziale unificazione dei soggetti pubblici e privati di fronte alla norma, le ampie possibilità del giudice di sanzionare gli elementi di doverosità stabiliti dall'ordinamento, aprono sui fatti amministrativi prospettive soggettivistiche sconosciute a di-

(39) Un aggiornamento consapevole di queste prospettive è stato proposto recentemente da BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, cit., specialmente pp. 1883-1885. Dello stesso Berti l'espressione fra virgolette nel testo.

mensioni progettuali strettamente finalizzate ad obiettivi di difesa dell'integrità del potere, a modelli amministrativi delineati sin dagli anni '80 a garanzia della stabilità del polo istituzionale; entrano in conflitto con la specialità che il giudizio amministrativo conservava nell'ordinamento italiano rispetto al giudizio ordinario; suscitano contraddizioni insolubili con gli elementi normativi che avevano tradotto in un autocontrollo in via contenziosa, esercitato dalla stessa amministrazione a garanzia dell'imparzialità del proprio operato, il tentativo di sottrarre la sacralità del potere alle tensioni del conflitto sociale, all'instabilità e all'arbitrarietà del politico.

E proprio nei dati normativi il modello ricostruttivo di Federico Cammeo incontra ostacoli insormontabili, è costretto a piegarsi alla specialità del potere, alle prerogative dell'azione amministrativa, ai limiti posti alla sindacabilità degli atti e ai poteri di cognizione del giudice: l'irriducibilità del conflitto autorità libertà negli schemi paritari del diritto privato incrina la linearità della ricostruzione, acuisce la conflittualità del rapporto, ripropone continuamente deroghe rilevanti al modello originario.

Di fronte alla logica del diritto soggettivo, della parità del rapporto, della piena cognizione del giudice l'amministrazione incessantemente contrappone la sua natura autoritaria, il suo essere « forza sovrana », potere, espressione di una volontà dello Stato il cui processo decisionale è estraneo al cittadino e che a questi s'impone nel momento in cui è già divenuta manifestazione di supremazia ⁽⁴⁰⁾.

Per evitare conflitti concettuali non componibili diventa necessario allora per un giurista come Cammeo, il cui compito voleva essere « essenzialmente pratico », di « commento del diritto positivo vigente » ⁽⁴¹⁾, operare una drastica separazione di piani, distinguere il modello ideale dall'interpretazione dell'ordinamento, le linee tendenziali di sviluppo della comprensione del « presente periodo di transizione » ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ « Sarebbe errore il concludere che l'amministrazione sia suddita e non partecipi di funzione sovrana. Per quanto stretta infatti sia la subordinazione sua al diritto obiettivo essa appare dotata di forza sovrana sotto molteplici aspetti » (CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 96).

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 3.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, p. 327.

Il conflitto si sposta allora dagli istituti al momento progettuale, dalle norme ai processi di trasformazione delle istituzioni: se « l'avvenire più o meno lontano » riserverà la completa consolidazione del diritto amministrativo ⁽⁴³⁾, la piena imperatività della norma nei confronti del potere ⁽⁴⁴⁾, l'assorbimento dell'ordinamento amministrativo nella conquistata unità dell'ordinamento per i soggetti pubblici e privati, l'affermarsi della giurisdizione unica sulla pluralità e la specialità delle giurisdizioni, il presente rimane ancorato all'autonomia dell'ordinamento amministrativo, alla sua specialità, all'impari conflitto tra autorità e libertà.

La negoziabilità dell'agire amministrativo si arresta così di fronte alla possibilità del contratto di diritto pubblico, l'attività è ricondotta all'unilateralismo, all'obbligo dell'obbedienza dei sudditi, nei confronti di un « rapporto giuridico » ad essi estraneo e che « per intero s'inizia nella sua piena validità e si concreta nel suo contenuto con l'espressione della volontà dello Stato nell'atto amministrativo » ⁽⁴⁵⁾.

Ed è possibile allora riconoscere alle « pretese » della pubblica amministrazione il carattere dell'esecutorietà ⁽⁴⁶⁾, ammettere la piena sovranità degli apparati nelle sfere discrezionali che la norma concede con ampie clausole autorizzatrici, quelle clausole necessarie certo in uno « Stato costituzionale » in cui l'« attività libera » della

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 327.

⁽⁴⁴⁾ « Per ciò che concerne l'autorità amministrativa il *desideratum* sarebbe al certo che i suoi poteri fossero in via legislativa e generale così precisamente definiti da escludere qualunque arbitrio e da assicurare quindi con le disposizioni più minute e più infettibili ordine, uguaglianza ed equità; il *desideratum* sarebbe quindi che anche per l'amministrazione le norme fossero imperative ». Ma di contro a questa prospettiva ideale, « le infinite contingenze dei rapporti fra stato e sudditi » richiamano immediatamente la discrezionalità del potere, devono affidare alla « discrezione dell'autorità amministrativa » la facoltà di regolare la fattispecie concreta. Cfr. *ibid.*, p. 73.

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*, pp. 79 e ss. e p. 90.

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, pp. 97-8, anche se « la esecutorietà degli atti amministrativi ... procede da un criterio di opportunità che si fonda sopra una semplice presunzione e non sopra una convinzione di verità e giustizia » e non evoca quindi, come abbiamo visto invece negli scritti di Umberto Borsi, l'assoluta *Eigenständigkeit* degli apparati amministrativi.

pubblica amministrazione è sempre creata dalla norma, in cui « in difetto di una precisa disposizione di legge emanata dal parlamento si presume la libertà d'azione dei cittadini », ma che attraverso un tenue vincolo normativo fanno « risorgere intera la sovranità dell'amministrazione rispetto ai cittadini », traducono le facoltà in poteri, l'autonomia del privato nella supremazia dello Stato⁽⁴⁷⁾.

Sullo sfondo tuttavia rimane sempre nella sua peculiarità una prospettiva di lungo periodo che impedisce l'appiattimento delle stesse costruzioni dogmatiche degli istituti sui modelli romaniani e ranellettiani: il riconoscimento dei caratteri speciali dell'agire amministrativo, dell'autonomia che l'ordinamento della pubblica amministrazione conserva nell'« odierno stadio di formazione del diritto amministrativo » non s'inserisce in un progetto « costituzionale » che in una fase di crisi dello Stato liberale si affida alla « necessità » degli apparati, ne potenzia le possibilità di autolegitimazione, ricerca più organiche integrazioni tra Stato e società attraverso processi di socializzazione dello Stato e parallelamente attraverso un continuo rafforzamento dei compiti e dei poteri dell'esecutivo.

Il modello che si delinea nelle pagine del *Commentario*, in pagine che pur concedendo ben poco alle digressioni extragiuridiche si adoperano continuamente per cogliere la storicità delle soluzioni legislative, degli indirizzi giurisprudenziali, è tutto rivolto ad assorbire la specialità dell'ordinamento amministrativo in un ordinamento unitario comune ai soggetti pubblici e privati: il traguardo dell'unità della giurisdizione, l'eliminazione del dualismo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa⁽⁴⁸⁾, non può rappresentare così soltanto una scelta di opportunità tra modelli istituzionali diversi, ma il simbolo della completa giuridicizzazione di un assetto istituzionale in cui interamente normate siano le facoltà della pubblica amministrazione, in cui il rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino recuperi la linearità del rapporto di

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, p. 74.

⁽⁴⁸⁾ « In un avvenire più o meno lontano, quando il diritto amministrativo si sia consolidato, sarà da adottarsi piuttosto la giurisdizione unica » (*ibid.*, p. 327). L'importanza di questa prospettiva di lungo periodo è puntualmente rilevata da ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., p. 220.

diritto comune, in cui alla centralità del diritto soggettivo corrisponda la piena cognizione del giudice.

Il modello dello « Stato giuridico » si anima di decisive impronte soggettivistiche, rappresenta l'obiettivo finale di un processo di trasformazione, di una « missione ricostruttiva ben lontana ancora dal suo compimento » che, iniziata col tramonto dello Stato assoluto, progressivamente estende le situazioni soggettive individuali ⁽⁴⁹⁾, afferma la piena giuridicità del potere riconducendo la prevalenza dell'interesse pubblico sul privato nell'ambito di una norma che tale conflitto prevede e che pertanto può attribuire ad un organo indipendente, ad un giudice, il potere di dichiarare il rapporto, d'interpretare la norma, di dirimere il conflitto.

La tensione ideale verso una linea di sviluppo in cui il diritto pubblico, invece di accentuare la propria specialità, di delineare autonome linee di teoria generale, deve aprirsi alla razionalità del diritto comune, la prospettiva di reinserire l'azione dell'autorità nella dimensione del negozio e della tutela giurisdizionale, s'inscrivono in un modello progettuale in cui la meta della unità dell'ordinamento giuridico per i soggetti pubblici e privati può essere ancora conquistata, può rappresentare il punto di arrivo di una tendenza evolutiva che trasformi in norma il potere, in diritto lo Stato, sanzioni attraverso la raggiunta unità della funzione giurisdizionale la capacità del legislatore, del Parlamento, di normativizzare compiutamente l'azione degli apparati, l'operato della pubblica amministrazione, sciolga il primato del potere discrezionale, dell'organizzazione, dell'autonomia del polo istituzionale, nel primato dell'ordinamento, della norma, del diritto.

Il futuro dello Stato liberale può non passare attraverso l'alterazione degli equilibri costituzionali stabiliti tra Parlamento e amministrazione: la pacata difesa della nominatività dei poteri

⁽⁴⁹⁾ « Lo stato moderno è sorto dalla modificazione di regimi assoluti i quali, per mantenere in una data casta od in una data famiglia il potere politico, intervenivano con continui divieti a restringere la libertà dei sudditi. L'odierno diritto costituzionale e amministrativo, prima di iniziare la sua missione ricostruttiva, ben lontana ancora dal suo compimento, ha dovuto, con maggiore o minore successo, rimediare tali abusi e rimuovere tali ostacoli alla libertà politica, civile ed economica dei singoli. Ed è con norme permissive che ciò è stato fatto » (*ibid.*, p. 72).

dell'esecutivo, dell'enumerazione delle prerogative governative rispetto all'universalità delle competenze legislative effettuata nel 1898 con lo scritto sul *Trattato* in un periodo di grave tensione istituzionale, di pericolosa involuzione autoritaria, la riaffermazione della razionalità di un ordinamento costruito intorno alla centralità del Parlamento e sulla base di una norma generale di libertà dei cittadini in un momento in cui la voce dei giuristi si era levata a reclamare l'originarietà del potere degli apparati, l'esistenza di un principio costituzionale di libertà dell'amministrazione⁽⁵⁰⁾, si traducono, due anni più tardi, in una fase di riacquistata vitalità dell'ordinamento liberale, in una prospettiva di lettura dei fatti amministrativi che rifiuta di percorrere fino in fondo la strada della specialità del diritto amministrativo, che riconferma la necessità di avere come punti di riferimento della stessa sistematica amministrativa i modelli concettuali del rapporto giuridico, del diritto soggettivo, della giurisdizionalità, ribadisce l'insostituibile centralità dei profili garantisti proprio in un momento di crescente intervento amministrativo nella gestione dell'ordine economico e sociale.

Il *Verwaltungsstaat* deve piegarsi alla logica del diritto comune, deve confrontarsi con i valori universali della teoria del diritto civile, i processi di espansione dell'attività degli organi amministrativi devono collocarsi in un modello che tende a limitare gli spazi di discrezionalità, ad ampliare le possibilità d'intervento del giudice sui fatti amministrativi: la conferma della centralità del diritto soggettivo nei rapporti giuridici tra amministrazione e cittadino, la crescente identità di diritto oggettivo e soggettivo che deve caratterizzare anche lo sviluppo dell'ordinamento pubblico, confermano che le possibilità di legittimazione della classe dirigente non possono essere affidate all'azione degli apparati, implicitamente riaprono un'ipotesi « politica » di organizzazione del consenso attraverso strumenti costituzionali, ripropongono il Parlamento come momento centrale della dialettica tra Stato e società contro il progetto di « burocratizzare » le istituzioni e la dinamica sociale, riconducono l'amministrazione da unico soggetto necessario e imprescindibile a soggetto interamente sottoposto all'ordinamento giuridico.

(50) Si rilegga la citazione riportata alla nota 15.

Muovendo da quest'impostazione teorica particolarmente difficile si doveva rivelare di conseguenza la sistemazione dogmatica degli istituti di giustizia amministrativa: la centralità che i concetti di diritto soggettivo e di giurisdizione venivano ad occupare nella ricostruzione di Federico Cammeo, l'inscindibilità del loro collegamento e la riconosciuta inammissibilità di una giurisdizione amministrativa di diritto obiettivo rendevano particolarmente problematica l'individuazione del criterio di riparto tra giudice ordinario e amministrativo, aprivano contraddizioni che, non risolte nell'incompiuto tentativo del *Commentario*, richiederanno nel *Corso* ampie considerazioni di carattere storico per comporre un quadro altrimenti non riconducibile ad unità.

L'impostazione soggettivistica, la tendenza a risolvere la sistemazione amministrativa nelle linee concettuali della teoria generale del diritto civile contraddicono infatti sia al progetto ranellettiano di costruire intorno al primato del potere discrezionale e della nozione di interesse legittimo la centralità del giudice amministrativo sia alla tradizionale distinzione tra diritto e interesse, tra giurisdizione ed organi di giustizia amministrativa, tra soggettività ed oggettività della tutela.

L'arrestarsi del *Commentario* proprio al momento di affrontare la descrizione delle competenze e del giudizio della IV sezione, le scarse anticipazioni che sul problema più tormentato dell'ordinamento amministrativo postunitario Cammeo forniva nelle altre pagine del volume, la stessa stratificazione cronologica che caratterizza le ultime parti dell'opera⁽⁵¹⁾, rendono abbastanza problematica ogni supposizione sui modelli ricostruttivi che il giurista milanese avrebbe potuto seguire all'inizio del secolo nella determinazione del criterio del riparto, ma gettano altresì anche una luce significativa sul conflitto difficilmente componibile che si era aperto tra il tentativo di ricondurre i compiti e le strutture della IV sezione alla logica del diritto soggettivo e della giurisdizione e le resistenze che questi istituti, costruiti intorno all'oggettività del potere, sulla base di un progetto in cui occasionale e residuale doveva presentarsi l'intervento del soggetto privato e preminente l'obiettivo di difendere l'integrità della stessa amministrazione nei confronti delle tensioni politiche, opponevano a questo tentativo.

(51) Cfr. *retro* nota 2.

La rinuncia di Cammeo alla descrizione delle funzioni della IV sezione, a quello che avrebbe dovuto costituire il principale obiettivo del *Commentario*, dimostra in realtà la conflittualità incolmabile che il modello soggettivistico, garantista, del diritto soggettivo, del rapporto giuridico, incontrava di fronte ad istituti la cui più razionale formalizzazione era ancora affidata al modello della giurisdizione oggettiva, disegnato sin dal 1890 nelle pagine del discorso inaugurale di Silvio Spaventa, di fronte ad istituti che ancora trovavano il loro più logico e naturale coordinamento con le competenze del giudice ordinario in quella linea processuale che da Scialoja ad Orlando, da Mortara allo stesso Romano, aveva cercato attraverso il *petitum* di sdrammatizzare il tormentato criterio del riparto.

La limpida linearità del modello concettuale che Federico Cammeo aveva fissato nella prima parte del *Commentario* non riesce infatti ad inglobare l'irrisolta contraddittorietà tra le competenze del giudice ordinario e del giudice amministrativo espressa nelle confliggenti clausole generali della legge abolitiva del contenzioso e della legge istitutiva della IV sezione, mentre l'unitarietà del concetto di diritto soggettivo⁽⁵²⁾, con tanta sicurezza affermata a livello teorico, deve arrendersi di fronte all'interpretazione del diritto positivo; non riesce ad offrire, una volta imboccata la strada della *causa petendi*, un criterio sicuro per la determinazione del riparto, si arresta proprio di fronte al problema cardine dell'ordinamento della giustizia amministrativa.

L'irriducibilità dei dati del diritto positivo allo schema teorico e la conseguente obbligata rinuncia di Cammeo ad offrire nel *Commentario* una propria interpretazione degli istituti creati con le leggi crispine, non devono tuttavia offuscare uno dei più complessi tentativi di ricondurre nella logica del diritto soggettivo e della giurisdizione le relazioni tra amministrazione e cittadino, di risolvere i rapporti tra vincolatezza e discrezionalità alla luce di una prospettiva che nei confronti dell'autonomia degli apparati privilegiasse invece la crescita dei poteri di cognizione del giudice.

(52) Cfr. *ibid.*, p. 107: il diritto soggettivo è definito « un interesse protetto mediante il riconoscimento della volontà individuale per parte del diritto obbiettivo »; « si riassume nella formula ' individualizzazione dell'interesse ' ».

La ricostruzione del *Commentario* rappresenta infatti uno degli ultimi sforzi per riportare la contrapposizione tra giudice ordinario e amministrativo all'interno dell'ordinamento unitario, nella dimensione comune del diritto soggettivo e dell'esercizio della funzione giurisdizionale, costituisce la formalizzazione più convinta della necessità di leggere le relazioni tra Parlamento e amministrazione, tra legge e interessi individuali in un'ottica contraria a quella che dalle pagine di Ranalletti e di Romano avrebbe presto condotto la giurisprudenza ad accentuare la specialità dell'ordinamento amministrativo, a concentrare nella progressiva sottrazione di competenze al giudice ordinario, nella distinzione tra diritto e interesse legittimo la crescente frattura della capacità individuale, la cedevolezza delle situazioni soggettive di fronte al potere, l'affermazione completa del primato dell'organizzazione e della discrezionalità degli apparati.

L'ordinamento italiano avrebbe presto conosciuto uno sviluppo inverso a quello che Cammeo aveva pensato d'intravedere nel passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto: all'ampliarsi della sfera del diritto soggettivo sugli interessi tutelati soltanto in via riflessa, che avrebbe dovuto caratterizzare il progressivo affermarsi delle istituzioni liberali⁽⁵³⁾, la scienza giuridica avrebbe sostituito un itinerario opposto che riducendo la capacità imperativa della norma nei confronti dei soggetti pubblici avrebbe generalizzato il rapporto tra amministrazione e cittadino all'insegna dell'interesse legittimo.

Ben diversa era stata invece la sistematica di Cammeo: il perfetto dominio degli strumentari dogmatici in base ai quali, in particolare dopo le definizioni di Georg Jellinek, si era soliti distinguere *subjektives Recht* da *Reflexrecht*⁽⁵⁴⁾ non era stata utilizzata

(53) E per l'ordinamento italiano proprio le leggi del 1889 avrebbero dovuto dimostrare per Cammeo come il sistema si fosse evoluto dal principio secondo il quale gli interessi individuali, anche coincidenti con una norma oggettiva, in confronto allo Stato si presumevano, salvo enumerazione tassativa di azioni, utilità riflesse, al principio secondo il quale « gli interessi individuali coincidenti con norme obbiettive si presumono per converso diritti subbiettivi, ove il contrario espressamente o chiaramente non risulti dalla lettera e dallo spirito della legge » (*ibid.*, p. 113).

(54) Cfr. *ibid.*, pp. 197-8 ed JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pp. 77 e ss. (cfr. anche *retro* nota 55 - cap. 1°/2° pt.). Per

dal giurista milanese per fissare la diversità della *causa petendi* propria del giudizio ordinario e amministrativo, ma per determinare da una parte i confini della competenza giurisdizionale e dall'altra per constatare come l'avvento del *Rechtsstaat* fosse stato scandito dall'abbandono del criterio dell'enumerazione dei diritti e delle azioni esercitabili dai cittadini nei confronti dell'amministrazione per una clausola generale che in via presuntiva riconosceva invece l'esistenza del diritto soggettivo in ogni interesse tutelato dalla norma.

Proprio l'istituzione della IV sezione del resto, elevando « d'un tratto di penna a dignità di diritti » interessi riconosciuti dalla norma, ma non tutelati come diritti soggettivi, aveva rappresentato il segno tangibile di un processo che progressivamente estendeva i rapporti giuridici tra amministrazione e cittadini, ampliava il riconoscimento della personalità individuale⁽⁵⁵⁾.

l'« interesse che sia puro effetto riflesso » il diritto oggettivo « non riconosce la volontà individuale che vorrebbe perseguirlo: e non preordina alcun mezzo affinché questa volontà sia fatta valere » (*Commentario*, cit., p. 107); esso rimane « un interesse imperfettamente difeso: ha soltanto il germe per divenire un diritto, giacché possiede la condizione necessaria, ma non sufficiente per tale risultato e cioè la coincidenza con una norma di diritto obiettivo » (*ibid.*, p. 129).

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, p. 129 in nota: « si consideri l'evoluzione della legislazione italiana dal 1889 in poi, partendo dal concetto che la IV sezione sia una giurisdizione e conosca per l'art. 24 della legge 2 giugno 1889 di diritti pubblici subbiettivi. Esistevano prima di detta legge numerosi interessi individuali protetti da norme giuridiche e non costituenti diritti subbiettivi, secondo la giurisprudenza prevalente dei tribunali ordinari: tali erano per esempio gli interessi degli impiegati dello stato al posto, all'anzianità, alle promozioni, al rispetto dei precetti di forma e di merito circa i licenziamenti disciplinari, sparsi in varie leggi e in vari regolamenti. L'art. 24, data la supposizione dianzi fatta della giurisdizionalità della IV sezione, li poté elevare d'un tratto di penna a dignità di diritti ».

Non si dimentichi che nella scienza amministrativistica italiana esisteva in questa direzione interpretativa un importante precedente: un tentativo di riportare le istituzioni introdotte con le riforme crispine alla funzione giurisdizionale ed al giudizio attraverso un'impostazione marcatamente « soggettivistica » per più aspetti convergente con quella di Cammeo. Tale tentativo era stato infatti sperimentato (come sappiamo, *retro* pp. 228 e ss.) circa dieci anni prima da Lorenzo Meucci e si era risolto in una ricostruzione particolarmente sofferta, incapace di ricondurre la contraddittorietà del riparto ad una visione operativa.

Così, se con l'affermarsi della sovranità popolare, delle teorie contrattualistiche, della divisione dei poteri, la libertà da semplice effetto riflesso di norme dettate unicamente all'azione degli apparati si era trasformata in diritto soggettivo, estendendo la sfera dei diritti patrimoniali e di libertà, civili e politici⁽⁵⁶⁾, il campo di maggior frizione tra utilità riflesse e diritti soggettivi era rappresentato ora dall'attività amministrativa di « prestazione », doveva essere individuato nello sviluppo di un'« attività sociale », in un settore quindi in cui l'inesistenza di un « diritto generale contro lo Stato per conseguire utilità positive »⁽⁵⁷⁾ poteva però aprirsi con l'intervento del legislatore ad una più estesa « individualizzazione » degli interessi a conferma dell'elasticità e della storicità della linea di confine posta tra utilità riflesse e diritti soggettivi e della tendenza ad ampliare la sfera delle norme indirizzate ad un diretto riconoscimento della volontà dei cittadini.

La stessa discrezionalità, invece di rappresentare il simbolo della libertà degli apparati, lo strumento attraverso il quale generalizzare la supremazia dell'amministrazione, « comprimere » le situazioni soggettive individuali, è ricondotta alla logica dei rapporti tra legge e amministrazione, all'esistenza di quei vincoli normativi di riferimento, di quelle norme parametro che permettano al giudice di sanzionare gli elementi di doverosità stabiliti dall'ordinamento all'azione amministrativa, che garantiscano la possibilità stessa della giurisdizione come dichiarazione del diritto.

Ma anche in questo campo, con l'introduzione del ricorso di legittimità per sviamento di potere, si erano aperte nuove prospettive che, estendendo la possibilità di penetrazione nella discrezionalità amministrativa, avevano rimosso la difficoltà di « fondare su norme imprecise diritti soggettivi, di farne la prova efficace in giudizio e di organizzare un controllo mediante giurisdizione »⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, pp. 113 e ss..

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 120.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 133, sulla base dell'assunto che « la incapacità delle norme imprecise a generare i diritti subbiettivi è piuttosto una questione di modalità, di difficoltà estrinseca, che una questione di essenza, di impossibilità assoluta. Onde è chiaro che non può mai segnarsi con sicurezza il punto esatto in cui una norma cessa di essere imprecisa e comincia a poter dar luogo a diritti subbiettivi » (p. 132).

Diritto soggettivo e discrezionalità rimangono così due dimensioni ancora contrapposte, ma possono essere inserite in una linea di sviluppo che, assegnando al legislatore il potere di stabilire l'ampiezza delle relative sfere, di dirimere il conflitto, riconosce una capacità espansiva alle situazioni soggettive individuali e ai poteri di cognizione del giudice e, richiedendo la necessaria autorizzazione normativa delle potestà discrezionali, progressivamente estende anche attraverso i controlli « nell'interesse collettivo »⁽⁵⁹⁾ il dominio del giuridico nei fatti amministrativi.

Contrariamente alla tendenza ad esasperare la specialità dell'ordinamento amministrativo, ad « affievolire » le situazioni soggettive dei cittadini, il rapporto amministrativo poteva così ancora affidarsi alla crescente capacità normativa del legislatore per rimanere ancorato alla centralità del diritto soggettivo e alla piena giurisdizionalità delle funzioni esercitate dai giudici ordinari e amministrativi.

2. *Il potere amministrativo rivendica la sua « specialità ».*

La molteplicità e la complessità dei problemi aperti con l'incompiuta riflessione del *Commentario* avevano finito per investire la stessa linearità della ricostruzione, avevano compromesso la possibilità stessa di ricondurre nell'alveo degli schemi teorici proposti la contraddittoria realtà normativa dell'ordinamento italiano degli istituti di giustizia amministrativa ed avevano così sancito la rinuncia definitiva di Cammeo all'obiettivo principale del lavoro, alla descrizione delle funzioni della IV sezione.

Uno dei compiti principali del *Corso*, di conseguenza, doveva essere quello di disegnare una sistemica amministrativa capace di offrire una visione operativa dei problemi del riparto, una lettura che tenesse conto degli equilibri giurisprudenziali che si andavano consolidando, favoriti anche dalle limitate innovazioni legislative che, ritoccando soltanto elementi marginali degli istituti di giustizia amministrativa, avevano rinunciato ad elaborarne una ri-

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, pp. 136 e ss..

forma complessiva, confermando il valore normativo delle soluzioni interpretative adottate dalla Suprema Corte ⁽⁶⁰⁾.

La necessità di approfondire il problema delle situazioni giuridiche tutelate dal giudice ordinario e amministrativo, di segnarne gli elementi distintivi e i caratteri peculiari discendeva quindi dall'impossibilità di tener fermo il concetto unitario di diritto soggettivo affermato nel *Commentario* e contrastante con la prevalente adozione giurisprudenziale del criterio della *causa petendi* e con il disposto dell'articolo 2 della legge abolitiva del contenzioso che attribuiva interamente al giudice ordinario la cognizione dei « diritti civili e politici » ⁽⁶¹⁾.

L'approdo alla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo per determinare il « criterio di separazione » tra le attribuzioni dei due giudici preposti nell'ordinamento italiano alla difesa del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, non rappresentava quindi una soluzione dettata da considerazioni di carattere tecnico o dogmatico, ma semplicemente una « dottrina (che) pot(eva) essere accettata in difetto di altra più precisa » ⁽⁶²⁾ per formalizzare un assetto del riparto stratificatosi in via giurisprudenziale in modo tortuoso e non sempre coerente.

Si delinea così un'interpretazione dalle forti venature storiche, consapevole del valore normativo assunto da tendenze giurisprudenziali consolidate, ma molto prudente nel trasformare in teorie giuridiche dal valore assoluto e generale soluzioni dettate da motivi di opportunità o da logiche strettamente interpretative e operative.

Lo stesso problema del riparto non può rappresentare quindi neppure una questione teoricamente decisiva della sistematica am-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *retro* nota 7.

⁽⁶¹⁾ Sul punto molto chiaramente lo stesso CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 728: « la espressione 'diritti civili e politici' riesce ad abbracciare tutti i *diritti* che possono nascere nei rapporti fra cittadino e amministrazione »; ed *ibid.*, p. 729 per l'esclusione della possibilità di una categoria di *diritti amministrativi* (su cui *retro* nota 26 - cap. 1°/1^a pt.) sottratti alla competenza del giudice ordinario.

⁽⁶²⁾ CAMMEO, *Criteri di separazione della competenza tra l'autorità giudiziaria e il Consiglio di Stato in sede di legittimità*, in *Giurispr. it.*, LXI (1909), III, p. 161.

ministrativa, ma una specificità, sia pure fondamentale, dell'ordinamento positivo italiano, che deve essere ricondotta all'interno di una valutazione, questa sì complessiva e generale, che investa i rapporti tra legge e amministrazione, tra la discrezionalità ed i limiti fissati al sindacato di legittimità, tra il potere amministrativo e le situazioni soggettive individuali.

Ed in questa direzione va valutata l'importanza e l'originalità del contributo di Cammeo chiamato ad offrire una delle prime ricostruzioni giuridiche del tema della discrezionalità, autonoma sia dalle concezioni tradizionali che vi riconoscevano genericamente un'area di libertà amministrativa sia dalla tendenza ranellettiana a costruire sull'inscindibile collegamento tra potere discrezionale e interesse legittimo un nuovo assetto del riparto basato sulla centralità del giudice amministrativo e sul primato degli apparati.

Vedremo così come la riflessione di Cammeo si muova, almeno per un certo tratto, parallelamente agli studi di un giurista, quale Errico Presutti⁽⁶³⁾, che proprio alle questioni della discrezionalità stava dedicando in questo primo decennio del secolo particolare attenzione.

Più legata alle problematiche della giustizia amministrativa, della sindacabilità degli atti, della tutela delle situazioni soggettive individuali la riflessione di Cammeo, più indirizzata alle questioni

(63) Notizie biografiche su Errico Presutti (Perugia 1870 - Roma 1949), allievo di Giacomo Venezian, professore di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione a Cagliari e a Messina, di diritto costituzionale a Napoli, sindaco di Napoli, « aventiniano », fondatore nel 1924 con — tra gli altri — Giovanni Amendola, Nello Rosselli, Meuccio Ruini, Piero Calamandrei, Silvio Trentin, dell'« Unione nazionale delle forze liberali e democratiche » (cfr. L. SALVATORELLI - G. MIRA, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Milano, 1972 (1ª ed. Torino, 1964), vol. I, p. 351), fra i primi ad essere allontanato dalla cattedra universitaria per attività antifascista, si possono leggere, insieme ad un elenco dei suoi scritti, in CORPACI, *Il contributo di Errico Presutti al dibattito di fine secolo sul problema degli impiegati pubblici*, cit., pp. 841 e ss.. Autore del volume *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899 (attentamente esaminato da Corpaci) e delle *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 2 voll., Napoli, 1904 e 1905, Presutti ci interessa in queste pagine essenzialmente per il saggio *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, di cui una prima parte era già stata pubblicata in *Giurispr. it.*, LXII (1910), pt. IV, pp. 10 e ss. col titolo *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*.

dell'attività amministrativa, della struttura dell'atto, della distinzione tra legittimità e merito quella di Presutti, entrambe si muovono tuttavia in un orizzonte concettuale per più aspetti comune che sottrae i margini di libertà decisionale degli apparati alla pericolosa ipotesi della teoria della « libertà » dell'amministrazione, al piano « costituzionale » della rivendicazione di un'autonomia originaria e necessaria degli organi della pubblica amministrazione, proponendo una lettura equilibrata dei rapporti tra norma e attività amministrativa che potenzia le possibilità del sindacato giurisdizionale sino al limite dell'esistenza di una norma parametro, sino al punto in cui il giudice può far valere nei confronti dell'attività amministrativa la doverosità dei vincoli normativi stabiliti dall'ordinamento.

Il problema della costruzione teorica degli istituti di giustizia amministrativa, dell'individuazione del criterio del riparto, si cala in una dimensione concettuale particolarmente ampia che cerca d'inserire la « libertà » dell'amministrazione entro schemi giuridici che ne assicurino la sindacabilità ed il controllo, che riconducano la discrezionalità degli apparati dall'autonomia del potere alla verifica caso per caso dei vincoli stabiliti dalla norma all'attività amministrativa.

La reciproca esclusione di potere discrezionale e diritto soggettivo con cui Vittorio Emanuele Orlando aveva formalizzato l'equilibrio fissato dal legislatore dell'unificazione tra libertà dell'amministrazione e libertà del cittadino, la distinzione di matrice spaventiana tra soggettività e oggettività della tutela, tra difesa delle situazioni giuridiche individuali e garanzia dell'imparzialità e stabilità del polo istituzionale, si sciolgono in un tentativo di ricostruzione unitaria in cui l'attività amministrativa è ricondotta integralmente al sindacato giurisdizionale, in cui il principio di generale azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione può dirsi ormai interamente riconosciuto, mentre l'autonomia degli apparati, la generica sfera dell'agire libero dell'amministrazione, da limite fissato alla competenza del giudice, in ossequio ad un principio di divisione dei poteri posto anche a tutela della stessa indipendenza dell'esecutivo, si è convertita in limite fissato al sindacato di legittimità per l'incompleta regolamentazione normativa della fattispecie.

E infatti sullo sfondo della costruzione dogmatica ritornano i temi dell'« evoluzione verso lo Stato giuridico »⁽⁶⁴⁾, oppure, come nel caso di Cammeo, l'opera di sistemazione teorica si costruisce intorno ad una definizione del diritto amministrativo che volutamente antepone i « rapporti tra i cittadini e lo Stato » alla necessità per l'amministrazione di perseguire i propri fini oggettivi⁽⁶⁵⁾, riconduce l'assoluta centralità della persona giuridica statale, la monoliticità della « potestà d'impero » degli apparati⁽⁶⁶⁾, al conflitto tra libertà e autorità, tra garanzia e supremazia.

Il modello adottato si rivela significativamente tributario dell'indirizzo scelto a suo tempo da Lodovico Mortara: si conferma in particolare la necessità di affrontare il problema della discrezionalità amministrativa in diretta funzione dei limiti posti al sindacato del giudice⁽⁶⁷⁾, seguendo una prospettiva che inevitabilmente tende a superare il problema della contrapposizione tra giudice ordinario e amministrativo a favore di una visione unitaria del giudizio e del diritto soggettivo tutelato che chiama l'organo giurisdizionale a fissare in concreto l'imperatività della norma.

Se da Mortara deriva la tendenza a comprendere nell'unitarietà della funzione giurisdizionale la duplicità dell'ordinamento italiano della tutela, a ricondurre i rapporti tra discrezionalità e sindacato giurisdizionale all'esistenza dei parametri normativi di riferimento, si battono tuttavia anche nuove strade che calano i rapporti tra legge e amministrazione nel concreto dell'attività amministrativa, nella ricerca dei caratteri che deve rivestire la manifestazione di volontà dello Stato.

Il problema della libertà del potere è affrontato per la prima volta in modo diretto e l'individuazione delle due categorie della

⁽⁶⁴⁾ Cfr. il paragrafo *L'evoluzione verso lo Stato giuridico ed il sindacato sulla causa degli atti amministrativi* in PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., pp. 32 e ss..

⁽⁶⁵⁾ CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 1: « il diritto amministrativo è quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato in quanto esso agisce come autorità, nei casi concreti, per il raggiungimento dei suoi scopi, d'ordine, civiltà o benessere sociale ».

⁽⁶⁶⁾ RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 118: « una potestà o volontà suprema, la quale dirige, regola, garantisce e integra la vita collettiva del popolo... ».

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *retro* nota 73 - cap. 3°/2ª pt..

discrezionalità pura e della discrezionalità tecnica, come limiti di fronte ai quali deve necessariamente arrestarsi il giudizio di legittimità⁽⁶⁸⁾, che apparentemente sembra potenziare ed ingigantire la libertà e l'insindacabilità del potere, in realtà s'inserisce in una lettura razionale dei rapporti tra legge e attività amministrativa che conferma l'essenzialità dell'autorizzazione normativa per l'emana- zione degli atti e che sviluppa, attraverso il concetto di causa, i requisiti della tipicità e vincolatezza dell'attività amministrativa⁽⁶⁹⁾.

Sintomatica in questo senso la riflessione di Presutti, fra i primi ad individuare la diversità dell'agire amministrativo rispetto alla libertà dei privati e a trasportare sul piano dell'attività amministrativa la tendenza dello Stato moderno a calarsi nella forma del *Rechtsstaat*, a rifiutare pertanto ogni possibilità di autolegittimazione degli apparati e a vincolare alla predeterminazione normativa la definizione del pubblico interesse e della causa dell'atto⁽⁷⁰⁾.

Anche se non è tradotta in chiare linee dogmatiche, inizia a farsi strada la consapevolezza che non esista tanto un'attività discrezionale — ma ben diversa sarà come vedremo la sistemazione teorica di Ranalletti — quanto un potere discrezionale che investe una

(68) PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., pp. 11 e ss.; CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 188 e ss. e vedi *infra* nota 77.

(69) « Nel moderno Stato giuridico domina la tendenza di rendere sempre più strettamente *tipici* o *vincolati* che dir si voglia gli atti amministrativi, determinando il contenuto di ciascun atto ed i presupposti di fatto in cui ciascun atto può o addirittura deve essere emanato. Con ciò si riesce a restringere sempre più il campo lasciato all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione per determinare se ricorra o meno nel singolo caso concreto un pubblico interesse che consigli o imponga di emanare un atto amministrativo » (PRESUTTI, *I limiti*, cit., pp. 2-3 e cfr. anche le pp. 32 e ss. e p. 43).

(70) *Ibid.*, pp. 34-5: « non si riesce a comprendere bene la dottrina della causa negli atti amministrativi senza risalire a quelli che sono i lineamenti fondamentali dello Stato giuridico ». « Nello Stato giuridico il diritto obiettivo non riconosce puramente e semplicemente efficacia giuridica alle dichiarazioni di volontà degli organi amministrativi come tali » (p. 37). « La legge invece riconosce efficacia giuridica soltanto a dichiarazioni di volontà degli organi dello Stato in quanto dalla realizzazione del loro oggetto risulta soddisfatto un concreto pubblico interesse. La legge perciò definisce più o meno strettamente quello che è il pubblico interesse ... » (p. 38).

parte delle scelte dell'amministrazione, ma che s'incanala in una serie di vincoli predeterminati ⁽⁷¹⁾.

La peculiarità stessa del contenuto attribuito alle categorie della discrezionalità pura e della discrezionalità tecnica dimostra che non è possibile costruire sulla base del potere discrezionale l'autonomia dell'ordinamento amministrativo, delineare una teoria speciale de *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* che rafforzi l'indipendenza e l'insindacabilità delle scelte dell'amministrazione e che è invece necessario collocare la discrezionalità nella logica del giudizio, verificare l'esistenza dei parametri normativi che permettano il sindacato del giudice escludendo così l'esistenza di quel principio generale che per Santi Romano doveva impedire all'autorità giudiziaria la possibilità di un'« interpretazione così intima della volontà legislativa » ⁽⁷²⁾.

La discrezionalità abbandona la dimensione dell'autonomia del potere, cessa di rappresentare il frutto di una peculiare posizione costituzionale degli apparati ed è riportata nell'ambito della norma, in una prospettiva che verifica gli elementi di doverosità stabiliti dall'ordinamento all'azione amministrativa, l'esistenza dei parametri in base ai quali effettuare il giudizio.

Si adotta quindi una chiave di lettura che non nega naturalmente l'esistenza della discrezionalità amministrativa, ma che tuttavia la rende funzionale non alle esigenze del potere, alla possibilità degli apparati di sanzionare autonomamente, « aus eigener Kraft » la giuridicità di un rapporto, ma alla capacità della norma e conseguentemente del giudice di regolare la fattispecie concreta.

La prospettiva « normativistica » ha l'effetto di restituire al legislatore il ruolo di arbitro determinante della libertà discrezionale

⁽⁷¹⁾ Il concetto che l'attività discrezionale debba essere « solamente qualificata come attività in cui si esercita un potere discrezionale » risale infatti a GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 14. Per una recente valutazione dell'attualità di questo scritto cfr. *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*. Intervista a Massimo Severo Giannini a cura di Marco D'Alberti, in *Quaderni del pluralismo*, II (1984), pp. 104 e ss..

⁽⁷²⁾ ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., p. 95 e CAMMEO, *Corso*, cit., p. 241 per il quale invece « nessuna particolarità essenziale » può essere individuata nell'interpretazione del diritto amministrativo.

degli apparati, di reinserire il problema stesso della tutela, del controllo dell'attività amministrativa in funzione immediata della capacità della legge di fissare norme che siano vincolanti per gli organi amministrativi e quindi sanzionabili dal giudice.

La discrezionalità pura va così individuata nelle ipotesi in cui « nessuna norma né precisa né imprecisa regola l'attività amministrativa »⁽⁷³⁾ e la stessa « ambigua nozione di discrezionalità tecnica » che oggi appare essenzialmente un « espediente per comprimere la conoscibilità dell'azione amministrativa in sede di sindacato di legittimità »⁽⁷⁴⁾, uno strumento per impedire di « sottrarre la tecnica alla sfera del potere »⁽⁷⁵⁾, per limitare le ipotesi di responsabilità contrattuale dell'amministrazione, non può essere disgiunta da un tentativo — forse contraddittorio e facilmente sfruttabile, contrariamente alle intenzioni originarie, da soluzioni giurisprudenziali pericolosamente indirizzate ad estendere gli spazi d'insindacabilità dell'azione amministrativa — di rileggere la sfera di autonomia del potere all'interno del giudizio e delle relazioni tra norma e attività amministrativa.

Pur nell'imprecisione terminologica e nell'equivocità che la caratterizza, con la categoria della discrezionalità tecnica Cammeo, ma con maggiore consapevolezza Presutti, volevano separare concettualmente ipotesi di assoluta mancanza di parametri normativi da ipotesi in cui parametri normativi, anche se imprecisi⁽⁷⁶⁾, fossero stati fissati dal legislatore all'azione degli apparati.

(73) CAMMEO, *Corso*, cit., p. 188 e PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 12 per il quale nell'ipotesi della discrezionalità pura « manca all'organo giurisdizionale il termine di confronto per sindacare l'atto ».

(74) CERULLI-IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, II, (1984), p. 476.

(75) F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, I (1983), p. 444 e sull'utilizzo giurisprudenziale della categoria — per ampliare l'insindacabilità e l'irresponsabilità del potere — cfr. *infra* nota 9 cap. 4°/3ª pt..

(76) CAMMEO, *Corso*, cit., p. 195 dove integra con la lettura di Presutti una categoria già individuata in *Commentario*, cit., pp. 133-5 e in *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurispr. it.*, LIV (1902), III, 276 e ss.. La categoria traduceva la distinzione tra « freies Ermessen im strengen

In entrambi i casi la discrezionalità può essere individuata solo nel caso concreto in relazione alla libertà che nella fattispecie specifica la norma assegna all'agire degli organi amministrativi, non ha niente di precostituito, non evoca una posizione « costituzionale » degli apparati, ma discende negativamente dalla verifica dei parametri in base ai quali il giudice può effettuare il proprio giudizio.

Proprio per questo, se appare perfettamente logica la categoria della discrezionalità pura perché in questo caso il legislatore non regolando la fattispecie ha affidato alla stessa amministrazione la valutazione dell'interesse pubblico, la discrezionalità tecnica rappresenta invece un « ultimo, ineliminabile residuo dei grandi, estesi ed incontrollati poteri, che dovette arrogarsi il potere regio nel così detto Stato di polizia per por fine al regime feudale »⁽⁷⁷⁾, perché in questo caso, anche se impreciso, un parametro normativo esiste ed in modo incongruo se ne vieta al giudice la completa applicazione introducendo una pericolosa eccezione al principio che assegna agli organi giurisdizionali il compito di commisurare in indipendenza ed imparzialità l'azione amministrativa al vincolo giuridico.

Sinne » e le ipotesi in cui l'atto amministrativo pur vincolato ad una determinazione legislativa non dipendesse tuttavia da « objektive Tatbestände » (cittadinanza, età, decorrenza di un termine. etc., ma da « Verhältnisse, die einer subjektiven Beurteilung unterliegen » (indegnità, insalubrità, pericolosità, pubblica utilità, urgenza — se ne veda un elenco in CAMMEO, *Corso*, cit., p. 344 in nota), distinzione che compare fra gli altri in G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 4. Auflage (1^a ed. 1883-5) hrsg. von F. Dochow, München und Leipzig, 1913, p. 80 in nota.

Sulla costruzione della categoria della discrezionalità tecnica a partire dalla nozione di « norme imprecise », cfr. V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, pp. 41 e ss..

(77) PRESUTTI, *I limiti*, cit., p. 16 e nello stesso senso CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 134. Indubbiamente più contraddittoria invece la posizione assunta dal giurista milanese nel *Corso* (p. 197) dove la critica all'insindacabilità della discrezionalità tecnica, espressa nel *Commentario* e nella nota del 1902 sopracitata, si converte in un riconoscimento dell'opportunità di equiparare discrezionalità pura e tecnica sul piano dei limiti posti alla cognizione del giudice (« sebbene — per la discrezionalità tecnica — la cosa sia più discutibile » *Corso*, cit., p. 737). La posizione di Cammeo sulla questione è puntualmente ricostruita da CERULLI-IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 489-91 in nota.

Si possono comprendere allora le linee del disegno generale: la discrezionalità non è più il simbolo dell'autonomia degli apparati, il frutto di un potere di apprezzamento dell'interesse collettivo che l'amministrazione conquista « quasi per potere proprio, in virtù della sua propria forza »⁽⁷⁸⁾, ed è reinserita rigorosamente in una logica che nega l'originarietà dell'ordinamento amministrativo, che richiede la predeterminazione normativa dell'interesse pubblico causa dell'atto e che su tale conformità esige l'accertamento del giudice.

Così essa non esprime più una sfera originaria di libertà dell'amministrazione, ma si colloca in una prospettiva che, lungi dal riconoscere all'azione amministrativa una sua intrinseca giuridicità, la vincola strettamente da una parte alla norma, dall'altra al controllo giurisdizionale: solo in questo *continuum* stabilito tra norma, atto, sindacato giurisdizionale, emerge il concetto di discrezionalità, in una dimensione che potenzia il ruolo del giudice, che risolve in chiave giurisdizionale, nei limiti che il potere di cognizione incontra nell'assenza o nell'imprecisione dei parametri normativi, i margini di autonomia degli apparati.

In questo modo Cammeo, attraverso un interscambio continuo di riflessioni e di suggerimenti reciproci con le considerazioni che sugli stessi temi stava svolgendo Errico Presutti e nella piena consapevolezza della centralità che le questioni relative alla determinazione e alla distinzione dei concetti di *freies Ermessen* e di *unbestimmte, vage Gesetzesbegriffe* occupavano nella scienza amministrativistica di lingua tedesca, ed in particolare — per specifici motivi istituzionali — di quella austriaca⁽⁷⁹⁾, coordinava in un

(78) RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 274.

(79) Cfr. L. ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, 5. Auflage, Wien, 1954, pp. 15 e ss.; B. CH. FUNK, *Der Einfluss der « Wiener Schule des Rechtspositivismus » auf die österreichische Verwaltungswissenschaft*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, hrsg. von E. V. Heyen, *Ius Commune, Sonderhefte* 21, Frankfurt am Main, 1984, pp. 120-2.

Sull'art. 3 lett. « e » della legge austriaca 22 ottobre 1875 in base al quale erano esclusi dalla competenza del *Verwaltungsgerichtshof* « gli affari nei quali l'amministrazione è investita di un potere discrezionale nella misura in cui questo potere le è conferito » cfr. SALANDRA, *La giustizia am-*

quadro sistematico armonico categorie e problemi in gran parte già emersi nelle lunghe digressioni del *Commentario*.

Ma rispetto a quest'ultimo il *Corso* edito in modeste vesti litografiche, « nato per la scuola e nella scuola »⁽⁸⁰⁾, puntualmente rispettoso del valore normativo assunto da tendenze giurisprudenziali consolidate, abbandonava la pluralità dei piani, la compresenza di momenti interpretativi e di progetti tipica del *Commentario* e riportava il rapporto conflittuale e contraddittorio che, ad ogni pagina di quel poderoso volume dell'inizio del secolo, aveva segnato lo scontro tra le categorie del diritto comune e l'irriducibile specialità del potere e dell'amministrazione, in una prospettiva sempre avvertita della validità generale degli istituti e delle categorie civilistiche, ma più operativa e quindi più propensa a coordinare in un quadro logico i dati dell'ordinamento positivo, le tradizioni giurisprudenziali.

Proprio la soluzione data al problema della discrezionalità, che pure segnava una linea che riportava in primo piano il legislatore, che a questi rimetteva la valutazione sulla opportunità di regolare più strettamente le potestà amministrative e che consolidava il potere del giudice di sindacare senza limiti la conformità dell'atto alla norma, svelava anche la sostanziale impossibilità di ridurre il potere nelle linee concettuali del diritto privato.

Vengono meno infatti le prospettive di lunga durata emerse nel *Commentario*, la tendenza ad unificare nella piena giurisdizionalità della tutela e nell'unità della funzione giurisdizionale ordinamento amministrativo e ordinamento comune: la negozialità dell'agire amministrativo, la riconduzione alla logica del rapporto giuridico delle relazioni tra amministrazione e cittadino⁽⁸¹⁾, il principio che l'amministrazione agisce come « parte » e non come « autorità »⁽⁸²⁾, sono elementi puntualmente confermati nel *Corso* e

ministrativa, cit., p. 221; J. ULBRICH, *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, Wien, 1904, p. 363.

⁽⁸⁰⁾ MIELE, *Prefazione* a CAMMEO, *Corso*, cit., p. VII.

⁽⁸¹⁾ CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 525 e ss.; pp. 301 e ss..

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, pp. 547-8: « gli atti amministrativi sono gli atti giuridici posti in essere dall'amministrazione come parte in un rapporto giuridico sorto o da sorgere.... »

Con ciò gli atti amministrativi si distinguono dagli atti legislativi o

fanno parte di un tentativo più generale di studiare il rapporto amministrativo « partendo dal noto all'ignoto, dal diritto privato al diritto amministrativo »⁽⁸³⁾, ma non riescono a piegare il nocciolo duro del potere, la disparità degli interessi in conflitto, la « nettissima disuguaglianza »⁽⁸⁴⁾ che distingue la volontà dell'amministrazione da quella del cittadino.

La conferma della piena centralità del giudice, del suo ruolo insostituibile nel garantire la giuridicità dell'ordinamento amministrativo contraddice naturalmente all'originarietà del potere degli apparati, ribadisce la nominatività delle prerogative dell'amministrazione, il primato della libertà del cittadino, ma esprime anche la difficoltà d'imbrigliare quei valori d'indipendenza e di autonomia che proprio nella formalizzazione della discrezionalità amministrativa il potere dimostrava di aver riconquistato, perché, se da una parte è vero che la discrezionalità rappresenta un limite posto per l'incompleta copertura normativa della fattispecie alla cognizione del giudice e non il simbolo dell'autonomia del potere, è però anche vero, dall'altra, che la tutela del cittadino si esaurisce nella legittimità dell'azione, nella verifica del rispetto dei limiti posti dalla norma alla discrezionalità amministrativa⁽⁸⁵⁾.

La negoziabilità trova così un limite ben preciso nella natura autoritaria del potere e le possibilità di tutela del cittadino non s'indirizzano verso un giudizio pieno sul diritto e sul fatto, sugli

giurisdizionali, perché entrambi, se producono effetti giuridici, sono però posti in essere dallo Stato come *autorità*, cioè come subbietto superiore a due interessati (parti) e non come parte ».

Sul significato generale di questa definizione e sulla peculiare consapevolezza di Cammeo di realizzare attraverso la categoria dell'« amministrazione parte » la sottoposizione del potere amministrativo al sindacato giurisdizionale, cfr. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pp. 3 e ss..

⁽⁸³⁾ *Ibid.*, pp. 2-3 e vedi analogamente *Commentario*, pp. 104-5, citato *retro*, nota 27.

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*, p. 530.

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*, p. 199: « i limiti della discrezionalità consistono nell'essere l'attività dispiegata: a) dall'organo competente; b) nelle forme di dichiarazione della volontà prescritte; c) nei casi e modi stabiliti dal diritto obiettivo, cioè in genere in quella che si chiama la legittimità dell'atto amministrativo ».

interessi in conflitto, ma si affidano alle potenzialità garantiste offerte dai principi di tipicità e vincolatezza dell'agire amministrativo, che confermandone il carattere autoritativo iniziano a richiedere la predeterminazione normativa della causa dell'atto e individuano pertanto nella valutazione della conformità dell'atto alla norma il perno della tutela, vi fondono i caratteri peculiari del giudizio di legittimità.

La negozialità cioè non può riassorbire l'assoluta incompatibilità tra *Vertrag* e *Verwaltungsakt* ⁽⁸⁶⁾, deve piegarsi all'esclusiva unilaterale della manifestazione di volontà dell'organo amministrativo, al fatto che questa dichiarazione di volontà è già espressione di potere, decisione autoritativa, determinazione nel caso concreto dell'imperatività della norma.

La tutela giurisdizionale ne rimane allora fortemente condizionata perché l'atto amministrativo svolge già esso stesso un'insopprimibile funzione di garanzia, concretizza il potere in una manifestazione di cui è possibile verificare la conformità rispetto alla norma legislativa ⁽⁸⁷⁾, ma che di conseguenza solo a questo giudizio di conformità circoscrive le possibilità di cognizione del giudice.

La centralità che il provvedimento e la classificazione dei suoi vizi ⁽⁸⁸⁾ assumono nel determinare limiti e possibilità di tutela dimostra le importanti possibilità garantiste contenute in una prospettiva che ha ricondotto la discrezionalità al rapporto norma potere, l'ha sottratta alla sfera originaria dell'autonomia degli apparati, e, negando l'esistenza di qualsiasi regola che nel diritto amministrativo sia solo paragonabile alla *Vertragsfreiheit* del diritto pri-

⁽⁸⁶⁾ K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910, Neudruck, Aalen, 1962, p. 29; CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 528 e ss..

⁽⁸⁷⁾ Sul passaggio dal *Privileg* al *Verwaltungsakt* parallelamente alla sopraordinazione della legge all'attività amministrativa e all'istituzione di una giurisdizione amministrativa, cfr. H. MOHNHAUPT, *Vom Privileg zum Verwaltungsakt. Beobachtungen zur dogmengeschichtlichen Entwicklung in Deutschland seit der Mitte des 18. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., pp. 41 e ss..

⁽⁸⁸⁾ CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 547 e ss.; pp. 595 e ss.; KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, cit., pp. 13 e ss.; pp. 203 e ss.; ed in generale GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., spec. p. 162.

vato, inizia ad affermare il principio della tipicità dell'agire amministrativo escludendo pericolose prospettive di autolegittimazione, ma dimostra anche come il conflitto tra amministrazione e diritto non sia componibile prescindendo integralmente dalle autonome capacità del potere di garantire la giuridicità del proprio operato: è innanzi tutto nel provvedimento amministrativo — ma per Cammeo già si potrebbe dire nel procedimento ⁽⁸⁹⁾ — che la « volontà » del potere ed i vincoli giuridici stabiliti dall'ordinamento trovano una prima possibile composizione.

Siamo di fronte ancora una volta ad una difficile mediazione tra libertà e potere: la soluzione data alle relazioni tra legge e attività amministrativa, tra discrezionalità e tutela, tra provvedimento e legittimità ripropone in mutate vesti dogmatiche, di fronte a diversi istituti giuridici, l'equilibrio fissato a suo tempo dal giurista milanese sul problema della potestà regolamentare, un equilibrio contraddittorio certo, affermato però nella lucida consapevolezza di questa contraddittorietà, nella chiara coscienza del continuo compenetrarsi di momenti garantisti e di momenti autoritari di cui vive il rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino.

La stessa sistemazione dogmatica degli istituti di giustizia amministrativa rappresenta un ulteriore tentativo di fissare secondo precise linee di teoria generale un equilibrio razionale tra libertà e potere, si propone come soluzione il più possibile logica per ricondurre la duplicità dell'ordinamento italiano della tutela, le scelte giurisprudenziali — la centralità della *causa petendi* innanzi tutto — all'interno di un quadro concettuale che non può che

(89) CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 501-2; 557-8; per l'uso di una nozione che esiste « già nella dottrina del diritto privato, in quanto si parla di atti a formazione successiva » (*ibid.*, p. 502 in nota). Sul punto cfr. BERTI, *La struttura procedimentale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 441-2, che distingue tra « il procedimento in funzione di ricostruzione della fattispecie » (è il caso di Cammeo) e « procedimento - garanzia ». Una testimonianza significativa dell'attesa a tutt'oggi insoddisfatta della scienza amministrativistica italiana per una legge generale sul procedimento amministrativo in NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione. (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, cit., pp. 21 e ss..

essere quello dell'imperatività della norma, del diritto soggettivo, della giurisdizionalità della tutela.

La fondamentale unitarietà concettuale della nozione di diritto soggettivo affermata parallelamente al principio che la tutela giurisdizionale costituisce « la forma più caratteristica di riconoscimento della volontà », « la forma più solenne e tipica di difesa e riconoscimento giuridico »⁽⁹⁰⁾, gli stessi principi sui quali si era basata la soluzione del problema della discrezionalità e che, condizionando la possibilità del giudizio all'esistenza di parametri normativi di riferimento, inevitabilmente portavano ad equiparare gli effetti della violazione delle norme giuridiche regolanti l'attività amministrativa, fosse stata questa vincolata o discrezionale⁽⁹¹⁾, dovevano necessariamente condurre Cammeo — ed in forme anche più drastiche lo stesso si verificava per Presutti⁽⁹²⁾ — a far dipendere esclusivamente da « ragioni storiche del nostro ordinamento »⁽⁹³⁾ la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, la razionalità del criterio del riparto basato sulla distinzione delle situazioni soggettive.

L'unicità della funzione giurisdizionale e dei vincoli normativi fissati al potere, la costruzione della discrezionalità come limite del sindacato di legittimità e quindi come ipotesi di assenza di parametri normativi, dovevano far concludere per una ricostruzione unitaria della tutela e per la negazione recisa di ogni ipotesi di « affievolimento » nei rapporti tra discrezionalità e situazioni soggettive individuali⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹⁰⁾ CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 318-9.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 209.

⁽⁹²⁾ Cfr. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol., I, Roma, 1917, (1ª ed. 1904), p. 126 e p. 420 per il quale la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo « ha un'origine prettamente storica e non risponde ad alcun criterio logico » e che di conseguenza conclude per l'adozione del criterio del *petitum*.

⁽⁹³⁾ CAMMEO, *Corso*, cit., p. 209.

⁽⁹⁴⁾ Così « se il vantaggio è considerato come un diritto civico, acquisito in virtù di un fatto capace di generarlo (diritto allo stipendio e al posto di un impiegato), logicamente, anche se vi è, entro certi limiti, un potere discrezionale di sacrificarlo, l'interesse al suo rispetto dovrebbe considerarsi come un diritto, o meglio come la esplicazione del diritto fondamentale: in questo senso essendo la libertà della proprietà un diritto, propendiamo per

Tuttavia la necessità di risolvere il difficile problema del coordinamento tra le clausole generali, che nell'ordinamento italiano determinavano ed ancor oggi determinano le competenze rispettive del giudice ordinario e amministrativo — problema di fronte al quale si era arrestata la ricostruzione del *Commentario* — e la necessità di tener conto del valore normativo assunto da tendenze giurisprudenziali ormai decennali, spinsero Cammeo ad accogliere anche a livello concettuale la « categoria storica » dell'interesse legittimo⁽⁹⁵⁾ e a tentare — com'è noto — di fissare la « specialità » di quel « diritto » che l'ordinamento postunitario tutelava attraverso la giurisdizione del Consiglio di Stato⁽⁹⁶⁾.

Ma proprio per questo, proprio perché l'interesse legittimo si colorava in questo caso di un'intrinseca storicità, rimaneva esclusivamente funzionale alla teorizzazione di situazioni soggettive individuali che il giudice ordinario non aveva riconosciuto come diritti, di situazioni di vantaggio in cui la pretesa del cittadino si esauriva

credere che sia un diritto, epperò dia luogo ad azione giudiziaria, l'osservanza dei modi, forme e limiti dell'espropriazione » (*ibid.*, p. 358).

⁽⁹⁵⁾ « L'interesse legittimo, piuttosto che una categoria fondata sovra elementi obbiettivi, è una categoria storica, cioè da identificarsi secondo l'evoluzione della giurisprudenza giudiziaria fino al 1889-90... » (*ibid.*, p. 352).

⁽⁹⁶⁾ Cfr. CAMMEO, *Corso*, cit., pp. 314-8, che distingue tra « interessi direttamente o indirettamente tutelati con o senza riconoscimento della volontà del subbietto », tanto che il requisito della « volontà » « non è più, di regola, un elemento essenziale, bensì un elemento accessorio, che serve a distinguere non più gli interessi che sono diritti da quelli che non lo sono, ma invece fra diritti i quali si differenziano per una diversa tutela giurisdizionale ».

Per GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. 2^a, cit., pp. 17-8, il tentativo d'introdurre « un secondo tipo di diritto (soggettivo), diverso da quello che la pandettistica aveva elaborato per il diritto privato » determinò anche l'impossibilità di costruire il giudizio amministrativo sulla falsariga del processo civile, come processo di parti, e spiega così la rinuncia di Cammeo a trattare nel *Corso* lo svolgimento del processo amministrativo: « il fatto che nel giudizio amministrativo sia tutelato un « diritto » mancante dell'elemento « volontà », impedisce al titolare del « diritto » di avere quei poteri che ha il titolare del diritto soggettivo provvisto dell'elemento volontà, e che si concretano nel potere di scelta dei fatti da introdurre nel processo, con i conseguenti poteri in ordine all'istruzione probatoria e alle vicende del giudizio medesimo ».

nella pretesa ad un corretto esercizio del potere, nel « diritto alla legalità degli atti amministrativi »⁽⁹⁷⁾, l'approdo alla nozione non esprimeva un canale attraverso il quale affermare la centralità del giudice amministrativo, l'imperatività del provvedimento, il primato del potere discrezionale.

Il problema perde la forte carica ideologica che aveva acquistato nelle pagine di Oreste Ranelletti e di Santi Romano, si sottrae alla pericolosa ipoteca della teoria della « libertà » dell'amministrazione, cessa di rappresentare lo strumento concettuale per approfondire il solco tra diritto comune e diritto amministrativo, per potenziare la « specialità » del diritto degli apparati ed è ricondotto in una logica tradizionale, in un equilibrio consolidato tra soggettività e oggettività della tutela, non a caso recuperando quella formula del « diritto alla legittimità degli atti amministrativi »⁽⁹⁸⁾ che il più lucido teorizzatore delle diverse potenzialità della tutela, della razionalità « universale » della distinzione tra contenzioso di piena giurisdizione e contenzioso di annullamento, Lodovico Mortara, aveva più di dieci anni prima proposto nelle pagine del *Commentario*.

Filtrata attraverso una soluzione « sostanziale », obbligata dalla normatività giurisprudenziale del criterio della *causa petendi* a discernere volta per volta in via interpretativa le ipotesi in cui i limiti fissati al potere discrezionale dessero luogo a diritti soggettivi o ad interessi legittimi, ricompare la logicità della soluzione « processuale », di una soluzione dogmatica in cui le differenti possibilità della tutela, la diversità del loro contenuto, non alterano il modello costituzionale di un equilibrato coordinamento tra Parlamento e amministrazione, tra diritto soggettivo e discrezionalità ed in cui l'ordinamento amministrativo rifiuta di accentuare la propria originarietà e specialità e si apre alla razionalità dei rapporti giuridici di diritto comune.

⁽⁹⁷⁾ CAMMEO, *Corso*, cit., p. 326.

⁽⁹⁸⁾ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 50 e retro pp. 301 e ss.

CAPITOLO TERZO

UNA RINNOVATA LIBERTÀ DELL'AMMINISTRAZIONE: I PRINCIPII DI ORESTE RANELLETTI

1. La « libertà » dell'amministrazione verso nuovi fondamenti istituzionali. — 2. Alle origini della centralità del giudice amministrativo.

1. *La « libertà » dell'amministrazione verso nuovi fondamenti istituzionali.*

Il completo dispiegamento del modello amministrativo così prepotentemente emerso, in un momento di forti tensioni politiche e sociali, nelle pagine della prolusione maceratese del 1899, può dirsi quasi definitivamente fissato, poco più di un decennio più tardi, con la pubblicazione nel 1912 della prima opera generale e di sintesi di Oreste Ranalletti: i *Principii di diritto amministrativo* ⁽¹⁾.

(1) RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912. Nel 1915, sempre a Napoli, apparve la *Prima puntata* del volume 2°, dedicata alla teoria delle fonti, all'applicazione ed interpretazione delle leggi di diritto amministrativo ed all'efficacia delle norme amministrative nel tempo. L'opera fu completata solo dopo la prima guerra mondiale con la pubblicazione delle *Lezioni di diritto amministrativo* (Università di Napoli anno 1920-21), parte 2ª, *Gli atti della pubblica amministrazione e le garanzie dei diritti soggettivi di fronte ad essi*, Napoli, 1921, esplicitamente ricollegata ad una prima parte rappresentata dal volume del 1912. Rispettivamente nel 1922, 23, 24, uscirono sempre a Napoli i tre volumi delle *Lezioni* dedicate a *Le garanzie della legalità nella pubblica amministrazione* (vol. 1º: *Controlli e ricorsi amministrativi*; vol. 2º: *La giurisdizione ordinaria*; vol. 3º: *La giurisdizione amministrativa*) poi confluite nel 1934 nel volume *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit.. Sulla genesi del volume del 1912 cfr. anche CALANDRA, *Oreste Ranalletti*, cit., pp. 1149-51.

Immerso in una dimensione storica meno allarmata, meno gravida di pericoli d'involuzione autoritaria rispetto alle drammatiche vicende di fine secolo, il volume si collocava comunque in un difficile periodo di transizione, al culmine dell'esperimento giolittiano, nel mezzo di profonde modifiche istituzionali che avevano investito e investivano l'ampliamento delle funzioni dello Stato e le strutture amministrative⁽²⁾, ma che segnavano anche, con l'introduzione del suffragio universale⁽³⁾, riforme rilevanti nella stessa organizzazione costituzionale, riforme calate in una vicenda politica che aveva reso possibili nuove aperture e nuove mediazioni, ma che aveva svelato anche forti elementi di contraddittorietà, aveva ribadito la debolezza del disegno politico liberale, la sua incapacità a tradursi in un progetto di organizzazione del consenso attraverso la forma partito⁽⁴⁾, aveva confermato il persistere e l'accentuarsi di una tendenza a rafforzare il potere esecutivo e gli apparati burocratici sia in funzione di un diverso ruolo dello Stato

(2) In generale sulle vicende accennate nel testo basti qui rinviare a CAROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, 1971 (1^a ed. 1961), pp. 32 e ss.; RAGIONIERI, *La storia economica e sociale*, cit., pp. 1942 e ss.; CALANDRA, *Parlamento e amministrazione*, vol. I, *L'esperienza dello statuto albertino*, Milano, 1971, pp. 263 e ss.; MELIS, *Istituzioni liberali e sistema giolittiano*, in *Studi storici*, XIX (1978), pp. 144 e ss..

(3) Sull'introduzione nel 1912 del suffragio universale maschile, sulla conservazione del collegio uninominale e sugli effetti che la nuova legge elettorale ebbe nelle elezioni del 1913, si vedano almeno GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amministrazione civile*, V (1961), n. 47-51, *Cento anni di amministrazione pubblica*, pp. 147-8; MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., pp. 224 e ss.; GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, cit., vol. 2^o, pp. 301 e ss.; G. GALLI, *I partiti politici*, Torino, 1974, pp. 135-7; ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, cit., pp. 102-4; VIVARELLI, *Italia liberale e fascismo*, in ID., *Il fallimento del liberalismo*, cit., pp. 55 e ss..

(4) AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, cit., p. 238: «l'ipotesi di un grande partito di democrazia liberale capace di organizzare politicamente in maniera stabile e coerente la borghesia progressista, conferendole così un più incisivo dinamismo politico e ponendo altresì le premesse, in una prospettiva più o meno lontana, di un sistema sostanzialmente bipartitico con regolari alternanze al potere, era più suggestiva che plausibile». I governi si basarono così su «una sorta di pseudo partito personale» costruito intorno a Giolitti «per aggregazione molecolare di singoli individui, gruppi e interessi locali...» (p. 239).

nello sviluppo economico sia in funzione di nuove possibilità di legittimazione della classe dirigente⁽⁵⁾.

La sistemazione ranellettiana delle « nozioni fondamentali » del diritto amministrativo non rappresenta così soltanto una tavola di categorie e di istituti giuridici destinati ad incidere pesantemente — in particolare nel campo della giustizia amministrativa — sugli indirizzi giurisprudenziali e sulle elaborazioni dottrinali successive, il frutto maturo dell'intensa fase di costruzione del « sistema » amministrativo che aveva occupato — ma, come sappiamo, non senza significative rotture — per quasi due decenni la giuspubblicistica italiana, la delineazione compiuta del rapporto amministrativo e della specialità delle sue forme di tutela, ma anche l'aggiornamento, la precisazione, la completa formalizzazione di quel primato degli apparati amministrativi fissato lucidamente come argine invalicabile nei concitati momenti della crisi di fine secolo.

Il primato dell'amministrazione espresso nella definitiva sistemazione dogmatica dei principi relativi all'attività discrezionale, alle situazioni soggettive, alla centralità della nozione d'interesse legittimo conserva il suo valore di principio costituzionale, di asse portante dell'intera organizzazione dei poteri dello Stato, si spoglia certo dei contenuti più marcatamente autoritari, tralascia le prospettive d'involuzione politica, di ritorno allo Statuto, maturate negli ultimi anni dell'800, ma ripropone contemporaneamente vistose prospettive di autolegittimazione degli apparati, conferma l'impermeabilità dell'organizzazione amministrativa e della struttura gerarchica alla penetrazione normativa, assegna alla legge e alla

(5) L'ipotesi avanzata a suo tempo da FARNETI, *Sistema politico e società civile*, cit., pp. 189 e ss., di un « progetto burocratico di governo » (su cui già TRANFAGLIA, *Il deperimento dello Stato liberale in Italia*, cit., pp. 44 e ss.; MELIS, *Istituzioni liberali e sistema giolittiano*, cit., p. 154) tende ora a calarsi nel concreto delle vicende istituzionali dell'età giolittiana, al tempo stesso recuperando la complessità dei nessi tra costituzione e amministrazione. Cfr. RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, cit., pp. 500 e ss.; ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, cit., pp. 87 e ss.; MOZZARELLI-NESPOR, *Il personale e le strutture amministrative*, cit., pp. 221 e ss.; CALANDRA, *I compiti dell'amministrazione*, in *Storia della società italiana dall'Unità ad oggi*, vol. IX, *L'amministrazione centrale*, a cura di Cassese, cit., pp. 31 e ss..

legislazione una funzione esclusivamente accessoria nella disciplina dei fatti amministrativi.

Al tempo stesso però il primato dell'amministrazione si cala nei fenomeni di trasformazione strutturale in corso, abbandona i connotati polizieschi e repressivi assunti nella fase più acuta della reazione, il carattere di soluzione eccezionale e transitoria per assumere vesti e funzioni di principio costante, di chiave di lettura dei processi che investono le istituzioni e di soluzione normativa in base alla quale fissare gli equilibri dell'ordinamento.

Il primato degli apparati s'inscrive cioè in una dimensione che riscopre l'« egemonia » dell'amministrazione non solo all'interno della dinamica istituzionale, del sistema politico, in una prospettiva costituzionale che punta ad un riequilibrio dei rapporti tra i poteri, sottomette la centralità del Parlamento alle strutture « necessarie », alla gerarchia, all'organizzazione, ma che tale « egemonia » conquista anche nelle crescenti funzioni d'integrazione sociale, di sviluppo, di supplenza che lo Stato è chiamato a svolgere nell'ordine economico, nel tessuto della società civile.

In questa prospettiva arricchita da una consapevolezza sempre più viva dell'ampliarsi della « funzione sociale » dello Stato⁽⁶⁾ va collocata ed interpretata anche la completa formalizzazione che la centralità del potere discrezionale e parallelamente della nozione d'interesse legittimo, a suo tempo fissata sul finire degli anni '90 e sviluppata poi nelle pagine di Santi Romano, ottiene nei *Principii* di Oreste Ranalletti.

L'indeclinabile collegamento tra potere discrezionale ed interesse legittimo che — all'interno di una relazione tra legge e attività amministrativa che potenzia l'autonomia decisionale degli apparati — permetterà all'Avvocatura dello Stato di realizzare una sostanziale modifica degli equilibri giurisprudenziali, di fissare un criterio di riparto che premia la centralità del giudice amministrativo e sancisce il definitivo abbandono del modello istituzionale fissato

(6) Si veda la lunga « sezione » dedicata da Ranalletti nei *Principii* all'esame della « funzione sociale » (pp. 76-102). Per il giurista abruzzese si poteva ormai « con fondamento ritenere che nella produzione di beni e servizi diretti a soddisfare interessi collettivi, l'industria privata costituisca un momento transitorio, che dovrà in regola far luogo all'azione dello Stato e degli altri organi minori della vita collettiva ».

sin dall'unificazione con la distinzione tra diritto e interesse⁽⁷⁾, e che disegnerà in modo definitivo e quasi irreversibile il volto autoritario e così resistente al riconoscimento di una posizione paritaria tra cittadino e amministrazione del diritto amministrativo⁽⁸⁾, viene infatti ribadito in un momento in cui la distinzione tra atti di gestione e atti d'impero non riesce più a comprendere interamente le forme dell'attività amministrativa, in cui la stessa nozione di pubblico è sottoposta ad una integrale revisione.

Sul piano dell'organizzazione amministrativa la stessa età giolittiana propone infatti novità rilevanti: se nel 1903 la legge sulle aziende municipalizzate già ci presenta a livello comunale l'immagine di un'amministrazione che si caratterizza non più per gli atti imperativi che emana, ma per l'utilità sociale che produce, per i servizi che riesce ad offrire alla cittadinanza, per lo svolgimento di un'attività economica che si affianca alla tradizionale attività giuridica del comune e che introduce una rilevante alternativa all'istituto della concessione⁽⁹⁾, con la nazionalizzazione delle ferrovie (1905), con i telefoni di Stato (1912) il fenomeno investe la stessa amministrazione centrale⁽¹⁰⁾, introducendo statuti più elastici e forme di azione sottratte alle consuete manifestazioni autoritarie e imperative.

E, com'è noto, nello stesso anno in cui escono i *Principii* di Ranalletti, nel 1912, la crescita dell'amministrazione parallela vive con la nascita dell'Istituto nazionale delle assicurazioni una svolta decisiva⁽¹¹⁾ che segna una linea di tendenza che porterà ad una

(7) Vedi *infra* pp. 445 e ss.

(8) Cfr. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 807 e ss..

(9) Sulle aziende municipalizzate introdotte con L. 29 marzo 1903, n. 103, cfr. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit., p. 1877; ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, cit., p. 97; DE CESARE, *L'ordinamento comunale e provinciale in Italia dal 1862 al 1942*, cit., pp. 600 e ss.; F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, « socialismo municipale »*, in *Jus*, XXXI (1984), pp. 191 e ss..

(10) Sul punto si veda almeno MOZZARELLI-NESPOR, *Il personale e le strutture amministrative*, cit., p. 226.

(11) Per un'analitica ricostruzione della vicenda cfr. A. SCIALOJA, *L'Istituto nazionale delle assicurazioni ed il progetto giolittiano di un monopolio di stato delle assicurazioni sulla vita*, in *Quaderni storici*, VII (1971), pp. 971

moltiplicazione degli enti di settore e ad una diffusione crescente delle forme di attività amministrativa di diritto privato⁽¹²⁾.

Un qualcosa di più di una coincidenza significativa diventa allora il fatto che il volume del giurista abruzzese appaia proprio in una collana diretta da Francesco Saverio Nitti⁽¹³⁾, allora ministro di agricoltura, industria e commercio⁽¹⁴⁾ e principale sostenitore di quel « programma amministrativo »⁽¹⁵⁾ incentrato sulla proliferazione degli enti che con l'istituzione dell'INA segnava una tappa fondamentale.

Il primato del potere discrezionale, la conferma della centralità del concetto di interesse legittimo, che è vicenda naturalmente e fisiologicamente collegata all'attività imperativa della pubblica amministrazione, sembrerebbe così assumere connotati prevalentemente ideologici, specialmente se letti all'interno di una linea di sviluppo — in quei primi anni del secondo decennio del secolo per altro solo agli inizi⁽¹⁶⁾ — che portava gli apparati ad abbandonare la struttura burocratica e le forme di azione amministrativa

e ss.; ma per le importanti innovazioni che la creazione dell'INA introduceva nella struttura burocratica e nelle forme di azione del potere pubblico, si veda in particolare CASSESE, *Giolittismo e burocrazia nella « cultura delle riviste »*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. IV, *Intellettuali e potere*, Torino, 1981, pp. 502 e ss..

(12) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 655 e ss..

(13) Il volume ranellettiano occupava infatti il nono posto nella collana napoletana dei « manuali Pierro di scienze giuridiche e sociali », aperta proprio dal trattato nittiano di *Scienza delle finanze*. Nella stessa *Prefazione* Ranalletti, dedicando a Vittorio Scialoja, suo maestro d'un tempo, la sua opera (*retro* nota 57 - cap. 2°/2ª pt.), non tralasciava di ringraziare « vivamente S.E. Francesco Saverio Nitti del cortese, fiducioso incarico di scrivere questo manuale » (p. IX).

(14) Sulla nomina di Nitti al ministero di agricoltura con il ritorno al potere di Giolitti nella primavera del 1911, dopo la caduta del governo Luzzatti, basti qui rinviare a RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit., pp. 1942 e ss..

(15) CASSESE, *Giolittismo e burocrazia nella « cultura delle riviste »*, cit., p. 509.

(16) Sulla crescita degli enti nel primo dopoguerra sino allo sviluppo, negli anni '30, dello « Stato imprenditore », cfr. MELIS, *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali nell'Italia giolittiana e fascista*, Sassari, 1984 (ed. provv.), pp. 239 e ss..

per strumenti giuridici più elastici e « ‘ comuni ’ a pubblici e privati operatori »⁽¹⁷⁾.

La fissazione delle linee teoriche sulle quali si innalzerà a livello giurisprudenziale, negli anni seguenti, la centralità del giudice amministrativo potrebbe cioè rispondere a sollecitazioni esclusivamente interne alla *scientia iuris*, se nel momento in cui si celebra il primato del potere discrezionale, si realizza contro il modello dell'unificazione « l'immunità dell'azione autoritativa dello stato dal controllo della giurisdizione ordinaria »⁽¹⁸⁾, si afferma la completa autonomia dell'ordinamento amministrativo dall'ordinamento comune, la struttura burocratica nell'attività concreta e nell'effettività delle istituzioni, aprendosi alle esigenze dell'economia, inizia invece a sciogliersi in una molteplicità di figure organizzative, si scinde da una parte in una dimensione autoritativa, nel « regno » del provvedimento imperativo, dall'altra in una dimensione « convenzionale » che registra vistosi innesti di regole privatistiche.

Ed indubbiamente pregiudiziali ideologiche sussistono se la giuspubblicistica riesce con difficoltà ad inquadrare il fenomeno, a classificare « enti pubblici » che agiscono secondo le regole del diritto privato⁽¹⁹⁾ e se è portata ad attribuire valore determinante alla prospettiva di riunificazione globale dell'amministrazione intorno allo Stato, alla centralità della sua persona giuridica, all'unicità e generalità del concetto di « pubblico »; se è cioè pervasa dalla preoccupazione prevalente di fissare una rassicurante unità amministrativa⁽²⁰⁾ che confermi « il principio di un'organizzazione

(17) L'espressione, ormai classica, è di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 866. Sul problema in generale si può vedere anche F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, pp. 137 e ss.

(18) NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., p. 750.

(19) Di fronte agli « enti pubblici imprenditoriali » « la dottrina rimase invece sconcertata perché, utilizzando le nozioni tradizionali, non riusciva a spiegare perché si avessero ‘ enti pubblici ’ » (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 202).

(20) Lo stesso Cammeo (*Commentario*, cit., p. 205) poco propenso ad affidarsi a « criteri assoluti » e precostituiti e disponibile ad ammettere che i servizi pubblici assunti dallo Stato, « concorrendo almeno in parte anche il sistema economico privato del prezzo », potessero esser regolati da norme

superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi... » (21).

In questo senso la riflessione di Ranelletti risulta particolarmente significativa: proprio l'attenzione prestata nei *Principii* alla sempre più rilevante espansione della funzione sociale dello Stato richiede a livello teorico una dilatazione del concetto di « pubblico » oltre la sfera dell'« atto d'impero », dell'attività unilaterale e autoritativa.

La necessità di fissare l'unitarietà della persona giuridica dello Stato e l'unitarietà dell'azione statale, di riaffermare, contro i fenomeni crescenti di « feudalizzazione » della dinamica sociale (22), che « tutto il concetto di pubblico si appunta e concentra nello Stato », che « lo Stato è la sintesi della cosa pubblica » (23), innalzano una barriera concettuale difficilmente superabile e che impedisce di ammettere l'esistenza di « imprese » che secondo statuti di diritto privato possano perseguire tuttavia finalità amministrative (24).

civilistiche, ricordava però che non era possibile dimenticare « in pari tempo che data l'unità della personalità giuridica dello Stato, gli atti che dan vita ai rapporti di diritto privato non cessano di essere atti amministrativi ».

(21) ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 324.

(22) MOSCA, *Feudalesimo funzionale*, in *Corriere della sera*, 19 ottobre 1907 (XXXII), ora in *Id.*, *Il tramonto dello Stato liberale*, a cura di A. Lombardo, Catania, 1971, pp. 198-203: come gli antichi baroni un tempo « smiuzzarono la sovranità dei loro principi e se ne divisero le spoglie così oggi le leghe operaie e le camere del lavoro fronteggiano Stato e comuni, ne paralizzano l'azione e ne usurpano le attribuzioni ». Un altro grido d'allarme contro il « pericolo nuovo e grave » che, con la formazione dei sindacati del pubblico impiego, era arrivato ad investire dal suo stesso interno la persona giuridica dello Stato, si può leggere nell'accorato appello lanciato da Mosca in *Il pericolo dello Stato moderno*, in *Corriere della sera*, 27 maggio 1909 (XXXIV), ora in *ibid.*, pp. 210-17.

(23) RANELLETTI, *Il concetto di « pubblico » nel diritto*. Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione nella Università di Pavia, in *Riv. it. scienze giur.*, XXXIX (1905), fasc. 3, p. 351. Su questa prolusione si vedano le osservazioni di DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche*, cit., pp. 657 e ss..

(24) RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 384: anche quando lo Stato assume « nella sua funzione sociale » i servizi postali, telegrafici, ferroviari etc., « essi non costituiscono imprese, perché il fine che determina lo Stato ad assumerli

La persistente concezione dell'amministrazione « come funzione che realizza gli interessi del soggetto Stato »⁽²⁵⁾ tende ad identificare persona giuridica statale e amministrazione, azione amministrativa e azione autoritativa e perciò a ricondurre la pluralità delle forme organizzative entro linee concettuali — l'autarchia innanzi tutto — che favoriscono l'assimilazione alla personalità giuridica dello Stato, la ricostituzione dell'unità intorno al soggetto e non all'interno dell'ordinamento.

Certo, la crescita dell'attività sociale incrina l'identità di « pubblico » e « autoritativo » perché « in tutta la sua azione di aiuto all'attività privata, di assistenza e produzione e prestazione di quei beni e servizi lo Stato non si manifesta più nel suo potere d'impero », ma non giunge tuttavia ad infrangere l'unitarietà del concetto di « pubblico »⁽²⁶⁾.

e a gerirli non è il tornaconto economico che muove l'economia individuale, ma la cura dell'interesse collettivo... ». Le innovazioni legislative stavano però muovendosi ormai in un'altra direzione se con l'istituzione dell'INA (come dichiarava apertamente la relazione alla Camera del 3 giugno 1911, riportata da CASSESE, *Giolittismo e burocrazia*, cit., pp. 505-6) lo scopo non era più quello di « creare un nuovo organo della burocrazia statale, ma una vera e propria impresa, con carattere mercantile, che non differisca dalle similari se non in quanto la proprietà ne appartenga allo Stato, invece che ad azionisti od a soci. Il fatto che questa impresa sia dello Stato non implica ch'essa abbia carattere diverso dalle private... ».

⁽²⁵⁾ ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 228.

⁽²⁶⁾ RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 381 e p. 383 dove si precisava ancora una volta la natura rigorosamente « pubblica » dell'« attività amministrativa nella funzione sociale, anche quando essa si espliciti senza alcuna coazione sulle persone cui si dirige ».

Sulla complessità dei processi che investivano l'amministrazione e che contemporaneamente registravano la progressiva espansione dell'attività degli enti pubblici, l'« ingigantirsi della loro organizzazione », il fenomeno di un'amministrazione che « salvo durante il periodo della guerra è andata via via sempre più attenuando nei suoi modi d'agire l'elemento autoritario e coercitivo e ricercando la collaborazione dei singoli interessati nella determinazione dell'equo contemperamento dell'utile pubblico con l'utile loro... » e sulla difficoltà della scienza giuridica di « cogliere i nuovi orientamenti del diritto positivo », si veda ciò che scriveva, all'indomani della prima guerra mondiale, BORSI, *Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano*, Prolusione al corso di diritto amministrativo letta il 26 novembre 1919 nell'Università di Pisa, in *Riv. dir. pubbl.*, XII (1920), I, pp. 1 e ss..

Infatti, sia perché l'uso da parte dell'amministrazione di strutture e di strumenti privatistici poteva considerarsi — anche al culmine dell'età giolittiana — ancora un fenomeno eccezionale ⁽²⁷⁾, sia perché lo Stato iniziava a svolgere attività economiche — vedi il caso delle ferrovie — sotto statuti « ibridi », come quello dell'azienda autonoma, che non rinunciavano a connotazioni pubblicistiche ⁽²⁸⁾, sia infine perché una rilevante pregiudiziale ideologica statalista rendeva difficile assimilare l'istituto commerciale dell'impresa allo svolgimento di funzioni pubbliche, è certo che i giuristi non riusciranno tanto presto ad incasellare sotto precise categorie concettuali la nuova realtà organizzativa che negli anni successivi alla I guerra mondiale si sarebbe prepotentemente imposta ⁽²⁹⁾.

Per il momento l'obiettivo preminente di ricostituire intorno allo Stato una solida unità amministrativa è raggiunto assimilando non solo l'attività giuridica, ma anche la stessa attività sociale all'attività pubblica ed identificando le persone giuridiche pubbliche non più in base alla presenza, nelle forme d'azione degli stessi soggetti, di caratteri autoritativi, ma semplicemente in base alla « funzione che compiono in rapporto allo Stato » ⁽³⁰⁾, introducendo cioè un elemento teleologico che cementa intorno alla personalità giuridica statale tutte le attività compiute nell'« interesse collettivo ».

La prospettiva « soggettivistica » riesce così prevalente e la natura pubblica dell'atto risulta in ultima analisi determinata dal riassorbimento dell'interesse, che giustifica l'emanazione dell'atto

⁽²⁷⁾ All'istituzione dell'INA farà seguito quella della Banca nazionale del lavoro nel 1913, del Consorzio per sovvenzioni sui valori industriali nel 1914-15 ed ormai nel primo dopoguerra, nel 1919, del Consorzio di credito per le opere pubbliche. Sulla vicenda della costituzione degli enti, cfr. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in *Quaderni storici*, 1972, ora in *Id.*, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 11 e ss..

⁽²⁸⁾ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 865.

⁽²⁹⁾ Sulla « crisi della nozione di ente pubblico » e sull'obbligata rinuncia ad una categoria unitaria per la semplice registrazione della pluralità e contraddittorietà delle forme di organizzazione esistenti nel diritto positivo, cui è approdata la scienza amministrativistica contemporanea, cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 179 e ss..

⁽³⁰⁾ RANELLETTI, *Il concetto di « pubblico » nel diritto*, cit., p. 349.

stesso, fra gli interessi « che siano posti dallo Stato tra i propri fini »⁽³¹⁾.

Ristabilita così, utilizzando criteri finalistici, l'unitarietà dell'azione amministrativa, fatte confluire nella monoliticità dell'attività pubblica funzione giuridica e funzione sociale, si apre la strada ad un modello amministrativo in cui l'amministrazione diventa « l'attività esterna ed interna, giuridica o meno, che ha per compito di *provvedere ai bisogni* sia dello Stato come unità a sé, sia del popolo, cioè in genere soddisfare gli interessi collettivi che rientrano tra i fini dello Stato »⁽³²⁾ e che volutamente confina il rapporto tra attività e norma, tra amministrazione e diritto ad elemento secondario della definizione⁽³³⁾, sancisce l'assoluta preminenza istituzionale dell'azione degli apparati, l'essenzialità e l'insostituibilità della funzione amministrativa, ormai divenuta « l'attività più ampia », quella « fondamentale nella vita dello Stato »⁽³⁴⁾.

Se quindi non è possibile trovare in Ranelletti la spregiudicata adesione al modulo privatistico che caratterizza invece il programma nittiano e se nella sistemazione teorica del « giurista » la prospettiva ideologica pubblicizzante rimane assorbente e la contrarietà alla privatizzazione del rapporto d'impiego degli enti di settore costituirà, ancora in periodo fascista, una posizione pregiudiziale

⁽³¹⁾ RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, vol. 2°, Napoli, 1906, p. 251.

⁽³²⁾ RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 267.

⁽³³⁾ Significativa la nota, a p. 268 dei *Principii*, in cui Ranelletti criticava la definizione data da Otto Mayer di amministrazione (*Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., p. 13: « Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung »), perché il giurista tedesco aveva inserito nella definizione stessa il principio della sottoposizione al diritto dell'attività amministrativa, che invece « pur inerente alla sua natura » « non è elemento che appartenga al suo concetto e non è poi di essa esclusivo e caratteristico ».

⁽³⁴⁾ RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 279. E pp. 279-80: « uno Stato può esistere senza legislazione..., uno Stato può esistere senza giurisdizione, ma non può esistere e non si può immaginare senza amministrazione; esso sarebbe anarchia ». È inutile sottolineare il valore ideologico e politico di affermazioni di questo tipo, già messo in rilievo con grande efficacia dalla penetrante critica kelseniana. Cfr. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, cit., pp. 105 e ss..

poco disponibile a venire a patti con le innovazioni dell'ordinamento positivo⁽³⁵⁾, lo spostamento del fulcro del concetto di amministrazione dal rapporto amministrativo alla soddisfazione dell'interesse collettivo, indipendentemente dall'esercizio di una manifestazione autoritativa, non solo offre la possibilità d'inglobare all'interno del diritto amministrativo la tendenza alla dilatazione degli apparati burocratici e all'aumento della spesa pubblica, la caduta dell'illusione liberista e il crescente intervento dello Stato nell'ordine sociale ed economico⁽³⁶⁾, ma rifonda anche, nella solidità delle modifiche strutturali, il primato dell'amministrazione all'interno della dinamica istituzionale.

La centralità che il potere discrezionale conquista nell'attività amministrativa e lo scioglimento del concetto di pubblico oltre la sfera dell'impero registrano il crescente complicarsi dell'azione degli apparati, l'aprirsi del *Behördenstaat* ad una pluralità di strutture e di funzioni, ad una varietà di formule organizzative per un'amministrazione che diventa sempre più una *Leistungsverwaltung*⁽³⁷⁾ e che, per la « deplorabile incapacità in materia economica dello Stato e degli enti pubblici »⁽³⁸⁾, è disposta ad abdicare, con lo sviluppo della funzione sociale, alla generale diffusione del provvedimento imperativo a favore di forme d'azione più elastiche e meno autoritarie e che in certi casi — come dimostra l'esempio dell'INA — possono essere le stesse del diritto privato.

Ma le due linee di tendenza apparentemente così contraddittorie e che, pur senza una precisa consapevolezza, si rivelano anche

(35) Cfr. RANELLETTI, *L'inquadramento sindacale degli enti di credito di diritto pubblico e delle casse di risparmio*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXX (1938), I, pp. 6 e ss., rigidamente arroccato, contro i giuristi più sensibili all'esperimento corporativo, nella difesa del carattere pubblico del rapporto d'impiego degli enti di settore e conseguentemente nella difesa della competenza del giudice amministrativo. La vicenda è ampiamente ricostruita da MELIS, *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali*, cit., pp. 262 e ss..

(36) RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 100-102.

(37) Per cui accanto ad una tradizionale *Behördenverwaltung* ed alla « *erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staats* » si sviluppa « *die öffentliche Anstalt als 'Organisationstypus' der öffentlichen Leistungsverwaltung* ». Sul fenomeno e sulle sue rilevanti implicazioni dogmatiche basti qui rinviare a H. JECHT, *Die öffentliche Anstalt. Wandlungen und gegenwärtige Struktur*, Berlin, 1963, pp. 11 e ss.; p. 104.

(38) L'espressione è dello stesso Ranelletti, *Principii*, cit., p. 96.

nella riflessione teorica ranellettiana, si muovono, nella diversità degli strumentari giuridici e dei moduli organizzativi, in un'ottica comune che amplifica in entrambe le direzioni il primato dell'amministrazione, garantito ora non solo dall'autonomia costituzionale dell'autorità amministrativa, ma anche dalla crescita impetuosa della sfera del « pubblico », dalla rilevanza acquisita dalla « funzione sociale ».

La libertà dalla legge, dal diritto che nella costruzione teorica dell'attività imperativa e autoritaria esprime in modo evidente, attraverso la centralità conquistata dal potere discrezionale, il primato dell'amministrazione e la funzione « generale » del giudice amministrativo, si ripercuote anche nell'espansione dell'attività pubblica, nelle « proliferazioni delle amministrazioni funzionali » che nella gestione dell'ordine economico e sociale sanzionano la crescente rilevanza degli apparati, quella possibilità di « operare direttamente la composizione degli interessi collettivi »⁽³⁹⁾ che aggrava la crescente residualità del Parlamento, della legge, della dimensione politica.

Il primato conquistato dall'interesse legittimo non esprime allora soltanto il frutto di un'opzione ideologica, non rappresenta soltanto la difesa di un modello autoritario costretto a smentirsi nei fatti nel momento in cui lo Stato si pone direttamente compiti economici, ma diventa anche il simbolo — naturalmente nell'ambito dell'attività imperativa — di una « pubblicizzazione » che può vestire anche panni privatistici, assumere le forme del diritto comune, ma che in entrambi i casi potenzia e rinsalda le strutture amministrative, burocratiche e non, la loro capacità di autolegittimazione, la loro possibilità d'interpretare e di soddisfare i bisogni collettivi.

Se quindi la dilatazione del concetto di « pubblico » confina l'attività discrezionale nella sola dimensione imperativa e l'identità tra « pubblico » e « autoritativo », tra « pubblico » e « discrezionale » si apre ad una molteplicità di forme e di moduli di azione e di organizzazione, la stessa compresenza di fenomeni che accentuano da una parte la rigidità dell'attività autoritativa e dall'altra

⁽³⁹⁾ ROTELLI, *Governo e amministrazione nell'età giolittiana*, cit., p. 101.

la moltiplicazione di enti provvisti della sola capacità di diritto privato⁽⁴⁰⁾ dimostra la tendenza a duplicare una struttura amministrativa sempre più difficilmente riunificabile secondo parametri concettuali unitari, ma dimostra altresì che i due fenomeni coesistono, che la diffusione di un'attività amministrativa di diritto privato incide relativamente sui caratteri dell'amministrazione imperativa ed in particolare che in entrambi i casi si cerca di sottrarre il più possibile l'attività amministrativa, privata o pubblica, ai condizionamenti del diritto, alla sfera normativa, alle direttive parlamentari.

La sistemazione dogmatica del giurista abruzzese non rimane confinata nella sola dimensione ideologica, legata ad una visione autoritaria nostalgicamente rivolta alla purezza del disegno statutario o ancorata soltanto alla difesa di quella centralità — sempre più compromessa nei fatti — della persona giuridica dello Stato come persona giuridica pubblica, monolitica, unitaria, in grado di accogliere la pluralità istituzionale soltanto all'interno degli schemi dell'autarchia, ma getta le linee teoriche lungo le quali s'incanalano le successive vicende istituzionali.

(40) Secondo un indirizzo legislativo del tutto contrario alle linee teoriche fissate a suo tempo da Ranelletti (*Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di Vittorio Scialoja*, Milano, 1905, vol. I, pp. 703 e ss.), che aveva ricondotto rigorosamente all'unicità della persona giuridica pubblica la stessa attività di diritto privato e, attraverso il concetto di « fine », la pluralità degli enti pubblici all'unitarietà, pubblicistica, della persona giuridica dello Stato. Per lo sviluppo di questi principi cfr. anche RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, VIII (1916), I, pp. 337 e ss.: confermato che « la capacità di diritto pubblico dello Stato non si esaurisce nel diritto d'impero » (p. 337) si definivano pubbliche « tutte le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi pubblici e che lo Stato considera attive anche nei propri interessi, in quanto per mezzo di esse mira a raggiungere scopi che sono anche suoi » (pp. 341-2). Attraverso l'elemento finalistico era ancora una volta possibile ricomporre l'unità amministrativa e riportare le relazioni tra enti e Stato ad un rassicurante « rapporto organico » (p. 343); sul punto si vedano le osservazioni di A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I, *Stato persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1984, pp. 248-9.

I *Principii* di Ranelletti fissano infatti i presupposti sui quali si muoverà l'Avvocatura dello Stato nella ricerca di un nuovo equilibrio tra giudice ordinario e amministrativo, stabiliscono le coordinate dogmatiche che anticipano le riforme del 1923/24, l'introduzione della giurisdizione esclusiva, istituita non tanto e non solo per semplificare il criterio del riparto nei casi in cui questo si manifestava più problematico e inafferrabile, ma principalmente per sottrarre al giudice ordinario « materie in cui l'interesse pubblico (si presentava) assorbente »⁽⁴¹⁾, delineano il modello amministrativo che senza fatica si adeguerà al grande rilievo istituzionale assunto dal Consiglio di Stato durante il periodo fascista con il passaggio alle dirette dipendenze del Primo ministro e con la lunga presidenza di Santi Romano⁽⁴²⁾.

(41) *Linee direttive nella riforma della pubblica amministrazione*, in Archivio centrale dello Stato. Presidenza del Consiglio dei Ministri. *Riforma della pubblica amministrazione (1921-1924)*, b. 3, fasc. 16, ora in RUFFILLI, *La riforma amministrativa del 1922-1924 e la crisi del liberismo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXV (1975), p. 1558.

È noto comunque che la proposta di istituire una giurisdizione esclusiva, con « l'intento di rendere più spedita la risoluzione delle questioni nelle quali l'attuale possibile incontro della competenza giudiziaria e di quella amministrativa contenziosa è causa di complicazioni e d'indugi » (CODACCI PRISANELLI, *La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa* (Relazione della Commissione reale), cit., p. 302; cfr. anche retro nota 17 cap. 1°/2° pt.) era stata già formulata — ma limitatamente alle « questioni pregiudiziali ed incidentali di diritto » e quindi all'interno di una conservata competenza del giudice ordinario (sul punto cfr. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 64 e ss.) — nell'ambito dei lavori della Commissione istituita da Luzzatti il 13 luglio 1913: esigenze di semplicità e di operatività del sistema tanto tormentato della tutela insieme a preminenti motivi di carattere « pubblicizzante » spiegano, in particolare per il nevralgico settore del pubblico impiego, l'attribuzione esclusiva alla competenza del Consiglio di Stato di particolari materie enumerate.

Sulla vicenda in generale GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 248-9, mentre sui motivi ideologici e politici che comportarono la totale sottrazione del rapporto d'impiego al giudice ordinario, cfr. M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, pp. 91 e ss..

(42) ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, cit., p. 28: « significante coronamento di questa continua ascesa del Consiglio di Stato, che il regime fascista ha provvidamente voluto, è intanto il recentissimo decreto che trasferisce al Primo Ministro le attribuzioni in ordine ad esso

La fortuna del modello ranellettiano va cercata naturalmente in questa direzione, nel solco dell'amministrazione tradizionale, dell'attività imperativa e autoritaria, in quella massimizzazione dei poteri discrezionali dell'amministrazione che faciliterà un nuovo equilibrio del riparto, determinerà in modo irreversibile la residualità delle competenze del giudice ordinario nei rapporti amministrativi, ma quel primato degli apparati, che nella stessa utilizzazione delle misure autoritative reclama la libertà dalla legge, l'auto-legittimazione della struttura burocratica, che nel rapporto amministrativo segna in modo indelebile, con la figura dell'interesse legittimo, la supremazia dell'organizzazione e della gerarchia, risponde più in generale ad un disegno costituzionale che proclama l'accessorietà della legislazione, la trascurabile importanza della mediazione e del confronto politico e nel quale tranquillamente s'inserisce la crescente diffusione degli enti funzionali.

Lo sviluppo di un'attività amministrativa di diritto privato non solo non influisce sui caratteri dell'attività imperativa, non introduce aperture « paritarie » e convenzionali all'interno del potere amministrativo, ma, se riconduce l'attività dello Stato nella gestione dell'economia nell'ambito del diritto comune, propone anche, sotto diverse forme, una rinnovata libertà dell'amministrazione: la persistente difficoltà, ancora oggi, ad ammettere l'estensione del principio di legalità all'attività amministrativa di diritto comune ⁽⁴³⁾ dimostra infatti il valore formalistico del principio

esercitate finora dal Ministro dell'Interno ». Su questo decreto (R.D. 21 agosto 1931, n. 1030, *Delega al Capo del Governo di tutte le attribuzioni spettanti al Ministro per l'interno nei riguardi del Consiglio di Stato*) e più in generale sul rilievo istituzionale assunto dal Consiglio di Stato in periodo fascista, rinviamo a COCOZZA, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., pp. 1237 e ss..

(43) Per una rigorosa delimitazione del principio di legalità all'attività autoritaria della pubblica amministrazione, ai provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive individuali, alla dialettica autorità libertà, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., pp. 81-3, p. 662.

Ma limitando l'estensione del principio di legalità alla sola attività autoritaria « si perpetua in verità l'esistenza di un potere originario di azione amministrativa che opererebbe laddove non si provocano effetti sfavorevoli sul cittadino ed in particolare nella sfera di attività di diritto privato » (ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 155). Per un

stesso, conferma da una parte la sua stessa povertà garantista, dall'altra la scarsa capacità di vincolare la sostanziale autonomia degli apparati, prova che il ritorno al diritto privato, non dovendo più il cittadino essere garantito contro l'uso di poteri imperativi, ha in realtà ampliato gli spazi di autonomia decisionale, ha sottratto al controllo parlamentare le funzioni statali che acquisivano rilevanza crescente e decisiva.

Il modello ranellettiano trova la sua completa formalizzazione quando i processi di trasformazione che investivano le strutture amministrative erano appena agli inizi, registra consapevolmente la crescita delle funzioni dello Stato, il delinearsi di un interventismo economico, che per il momento si mostra sotto forma di « premi all'industria » o di gestione diretta di servizi pubblici ⁽⁴⁴⁾, rimane perciò ancorato ad una vistosa pregiudiziale pubblicistica, si augge dall'ammettere l'istituto dell'impresa nell'azione degli enti pubblici, ricerca in modo quasi affannoso una rassicurante unità amministrativa, ma dimostra già di aver compreso che il primato dell'amministrazione conquista l'insostituibilità del proprio potere, « il primo posto tra le funzioni dello Stato » anche e forse soprattutto nell'estensione della propria attività non imperativa, nello sviluppo di un'attività « pubblica » che non è più tuttavia soltanto attività autoritativa.

2. *Alle origini della centralità del giudice amministrativo.*

Se l'aggiornamento della dicotomia « attività pubblica » « attività privata » si era reso necessario in relazione ai mutamenti che pervadevano le strutture amministrative e allo sviluppo dell'azione sociale dello Stato, se quindi lo stesso concetto di amministrazione era stato fissato anche in funzione dei nuovi e diversi compiti attribuiti agli apparati, l'altra grande dicotomia su cui Ranalletti erigeva

tentativo di riportare l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione al principio di legalità, attraverso lo spostamento del principio stesso dalla « legalità garanzia » alla « legalità indirizzo », cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

(44) RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 92.

le sue « nozioni fondamentali », la distinzione tra « attività vincolata » e « attività libera », riportava invece la riflessione su binari più consueti, nella tradizionale ricerca dei caratteri peculiari che la relazione tra norma e amministrazione, tra legge e attività pubblica dovevano assumere all'interno del « sistema » amministrativo.

Lontano dai sofferti tentativi di Federico Cammeo di offrire una convincente mediazione tra libertà e potere, tra garanzia e supremazia, estraneo a quelle prospettive « normativistiche » che avevano cercato di sottrarre la discrezionalità alla sfera dell'arbitrio amministrativo e di ricondurla al giudizio e alla verifica dei parametri normativi posti dal legislatore nella fattispecie concreta, alieno dall'imbrigliare nelle categorie della tipicità e della vincolatezza le forme d'azione amministrativa ⁽⁴⁵⁾, Oreste Ranelletti dipinge a tutto tondo un quadro in cui la libertà e l'autonomia degli apparati, proclamata a chiare lettere sul finire degli anni '90, trovano la loro definitiva collocazione.

La figura giuridica dell'interesse legittimo, già approdata nelle pagine di Santi Romano alla teoria generale, assurde nel volume ranellettiano dei *Principii* a « nozione fondamentale », ad istituto cardine della sistematica amministrativa: figura elaborata in modeste note a sentenza per risolvere questioni esegetiche e difficili dilemmi interpretativi, l'interesse legittimo, senza subire particolari modificazioni e con pochi ritocchi di assestamento, abbandona la palpitante storicità e l'intrinseca contraddittorietà che aveva assunto nelle costruzioni di Federico Cammeo e di Errico Presutti, per porsi come categoria essenziale ed insostituibile in base alla quale risolvere non solo il problema del riparto, ma fissare anche la peculiarità del rapporto amministrativo.

Si conferma il vincolo inscindibile tra discrezionalità ed interesse legittimo all'interno di una costruzione generale che identifica attività amministrativa e attività « libera », sottrae la stessa categoria della discrezionalità al rapporto con la legge, ad una prospettiva che verifica volta per volta l'imperatività della norma diretta agli apparati per stabilire invece un principio generale che

⁽⁴⁵⁾ Come si ricorderà si tratta di prospettive emerse nella riflessione giuridica di Federico Cammeo e di Errico Presutti. Cfr. *retro* pp. 411 e ss.

afferma l'autonoma capacità degli organi amministrativi di individuare e soddisfare i bisogni collettivi⁽⁴⁶⁾, che attraverso la tenue legittimazione dell'agire « nei limiti del diritto » proclama che « l'amministrazione è una libera attività dello Stato per i suoi fini, la quale può esplicarsi per la sua stessa posizione e funzione nella vita dello Stato, quindi per potere proprio, in virtù della sua propria forza, non in virtù della legge, quindi senza bisogno di trovare il suo fondamento in una norma di diritto »⁽⁴⁷⁾.

La discrezionalità, abbandonata la prospettiva « normativistica », si riconnette immediatamente con la sovranità della funzione esercitata dagli organi amministrativi, ne qualifica l'azione tipica e peculiare, diventa essa stessa attività, consacra, in un modo che volutamente ricalca la definizione dell'attività legislativa⁽⁴⁸⁾, l'indipendenza degli apparati, la primazia dell'amministrazione nel sistema politico costituzionale.

E il primato degli apparati non si limita al rapporto tra amministrazione e cittadino e in prospettiva non incide soltanto sugli equilibri del riparto, ma investe tutti gli istituti che docilmente si piegano alla rinnovata libertà dell'amministrazione: troviamo così che il Re è « nel nostro Stato » « organo supremo », mentre la Camera elettiva è solo « politicamente » l'« organo predominante »⁽⁴⁹⁾, che i rapporti interorganici non sono giuridici, che giuridici non sono neppure i regolamenti di organizzazione, che l'« at-

(46) RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 367-8 in nota: « e l'interesse collettivo è un elemento obiettivo di fatto, non una categoria giuridica; cosicché salvo il caso, eccezionale, che la norma di diritto in una data materia definisca essa stessa l'interesse collettivo che vuole soddisfatto dall'autorità statale, quell'interesse può essere accertato solo con rilievi e valutazioni di fatto, non con l'interpretazione delle norme giuridiche ».

(47) *Ibid.*, p. 274.

(48) *Ibid.*, p. 365: l'attività amministrativa « nei limiti del diritto è anch'essa essenzialmente libera. E la libertà anche qui per gli organi statuali, cui tale attività è attribuita, importa la facoltà di apprezzamento delle esigenze degli interessi collettivi, e significa facoltà di determinarsi e di svolgersi in quella direzione e con quel contenuto che tali interessi esigono, secondo l'apprezzamento subiettivo che essi ne facciano ». La definizione dell'attività legislativa, praticamente identica nella sostanza e nella forma, si può leggere alle pp. 363-4.

(49) *Ibid.*, p. 202 e p. 207.

tività interna » alla persona giuridica statale è del tutto impermeabile al diritto e alla legge⁽⁵⁰⁾, che il potere regolamentare appartiene agli organi amministrativi « indipendentemente da una norma positiva che ad essi attribuisca tale potere »⁽⁵¹⁾, che contro qualsiasi tentativo di fissare una presunzione generale di libertà dei cittadini l'amministrazione, « anche quando una norma manchi », « può e deve agire secondo il bisogno collettivo richiede »⁽⁵²⁾.

Il disegno generale non accetta sfumature e ricerca una linearità tutta sbilanciata verso il potere, il momento autoritativo, sottovaluta deliberatamente ogni prospettiva garantista per una descrizione coerente e razionale dei fini dello Stato e dei modi e degli strumenti nei quali si estrinseca l'assoluta centralità della sua persona giuridica.

Il concetto di « rapporto » faticosamente inserito da Federico Cammeo nella stessa definizione del diritto amministrativo, la continua, difficile, contraddittoria conciliazione di autorità e libertà, di potere e garanzia che aveva contraddistinto l'itinerario giuridico del giurista milanese, scompaiono assorbiti da una visione unilaterale dell'azione amministrativa che stravolge equilibri consolidati, mediazioni tradizionali, rafforza ed esaspera i caratteri speciali e autoritari dell'azione amministrativa.

La stessa critica alla categoria della discrezionalità tecnica, elaborata da Cammeo e Presutti con terminologia forse equivoca ed infelice, ma nel tentativo di fissare il rapporto tra norma ed attività amministrativa nell'unitarietà dell'ordinamento e del sindacato giurisdizionale, di scindere la discrezionalità dalla specialità

(50) *Ibid.*, p. 263 e pp. 276-7: le norme di organizzazione « non hanno alcuna efficacia giuridica; e non possono perciò essere giuridiche; esse sono soltanto norme interne di amministrazione e come tutti gli atti interni di amministrazione prive di carattere giuridico ». Opposta — come sappiamo, *retro* nota 14 - cap. 2°/3° pt. — era stata la ricostruzione di Federico Cammeo.

Sull'ostilità di Ranalletti ad ammettere l'intervento del legislatore sulla disciplina dei rapporti gerarchici e sull'organizzazione amministrativa si vedano le osservazioni di MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive*, cit., p. 242.

(51) RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 309.

(52) *Ibid.*, p. 273. Inutile ricordare ancora una volta che anche su questi due punti radicalmente diversa era stata la costruzione di Cammeo. Cfr. *retro* pp. 384 e ss.

del potere, dall'*Eigenständigkeit* degli apparati, e riportarla ai parametri normativi, alla dimensione del controllo giurisdizionale, ai poteri di cognizione del giudice⁽⁵³⁾, va inserita in una prospettiva che identifica libertà e discrezionalità, originarietà del potere ed azione amministrativa e che delle costruzioni dei due giuristi rifiuta in particolare la ricerca di un principio generale di nominatività degli atti amministrativi⁽⁵⁴⁾.

Scindendo attività discrezionale da attività tecnica Ranelletti faceva forse opera di precisione semantica; al tempo stesso, evitando il rischio di estendere alla sfera delle valutazioni tecniche l'area d'insindacabilità del potere⁽⁵⁵⁾, individuava una categoria capace di rispondere al crescere del tasso di tecnologia proprio dell'azione amministrativa e dei nuovi compiti attribuiti agli apparati⁽⁵⁶⁾. Ma

⁽⁵³⁾ Cfr. *retro* pp. 415 e ss.

⁽⁵⁴⁾ RANELLETTI, *Attività amministrativa e attività tecnica nella competenza giudiziaria e amministrativa*, in *Rivista della Corte dei Conti*, I (1911), pp. 4-12; *Id.*, *Principii*, cit., pp. 350 e ss.; pp. 368-70: «teniamo adunque distinti ancora qui il criterio e apprezzamento *amministrativo* dal criterio e apprezzamento *tecnico*, la discrezionalità *amministrativa* dalla discrezionalità *tecnica* E non crediamo neppure di dover distinguere una discrezionalità *pura* da una discrezionalità *tecnica*.... » (p. 369 in nota). La critica di Ranelletti alle categorie elaborate da Cammeo e da Presutti, «oltre il dubbio sulla proprietà della parola 'tecnica' in questo significato» (p. 370 in nota), investiva in realtà la prospettiva «normativistica» adottata dai due giuristi e sposava per più aspetti le posizioni elaborate da R. von LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 1910, che considerando caratteristica dell'attività discrezionale la libertà dell'amministrazione di determinare i fini della sua azione (analoga — *retro* nota 46 — la posizione di Ranelletti) aveva radicalmente escluso l'esistenza di un principio di nominatività degli atti amministrativi. Non a caso il libro di Laun era stato ampiamente criticato da PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., p. 203; una critica serrata è anche in ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 383.

⁽⁵⁵⁾ In questo senso significativa la posizione assunta da Ranelletti in una controversia giudiziaria che cerchiamo di ricostruire *infra* nota 9 - cap. 4^o/3^a pt..

⁽⁵⁶⁾ «Non è senza ragione che negli anni dieci di questo secolo, più precisamente nel periodo che va dall'assunzione diretta da parte dello Stato della gestione delle ferrovie allo scoppio della prima guerra mondiale (che segnò una tappa importante nello sviluppo tecnologico dell'attività militare) si ponga per la prima volta in modo sistematico il tema dell'atti-

contemporaneamente accentuava la specialità dell'ordinamento amministrativo, rifiutava la prospettiva in cui la nozione di discrezionalità tecnica era emersa, la necessità di spostare la definizione della discrezionalità verso il rapporto norma potere, proclamava l'assoluta impossibilità per il giudice ordinario di sindacare il potere discrezionale, affidava la verifica della necessaria giuridicità e legittimità dell'azione degli apparati esclusivamente al giudice amministrativo, l'unico che potesse « ricercare l'esistenza di quelle condizioni della legittimità dell'atto che possono essere accertate solo mediante un apprezzamento delle esigenze di interesse pubblico »⁽⁵⁷⁾.

Ricondotta la discrezionalità dalla norma all'essenza del potere, dalla libertà attribuita dal legislatore alla necessaria libertà degli apparati, la centralità del giudice amministrativo sanziona il coronamento della specialità dell'ordinamento amministrativo, rafforza l'autonomia concettuale e « costituzionale » della *Verwaltung*.

All'interno del « sistema » prendevano posto così tutti i principi logicamente deducibili dal postulato della « libertà » dell'amministrazione, applicato da Ranelletti con una rigidità ed una pervicacia — sconosciute alle stesse pagine di Santi Romano — che condizionavano inevitabilmente tutti gli istituti, segnavano ad ogni passo l'originarietà del potere, l'autonomia dell'ordinamento amministrativo dall'ordinamento comune, la capacità dell'amministrazione di esprimere il nucleo essenziale ed insostituibile della vita dello Stato.

E tanta è la foga di affermare la libertà dal diritto dell'amministrazione, di identificare discrezionalità e libertà, di sottrarre l'autonomia decisionale degli apparati alla legge e ai parametri normativi, che al momento di fissare i « poteri giuridici » che caratterizzano la situazione soggettiva dell'interesse legittimo si è costretti ad aggiungere un paragrafo finale⁽⁵⁸⁾ per distinguere tra « libertà » e « arbitrio », tra « discrezionalità » e « mera facol-

vità tecnica della pubblica amministrazione ». Così BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., pp. 13-14, cui rinviamo per un esame più approfondito della posizione ranellettiana in materia.

⁽⁵⁷⁾ RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., p. 337.

⁽⁵⁸⁾ RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 442-4.

tà »⁽⁵⁹⁾, recuperando così l'imprescindibile vincolo normativo in base al quale costruire una tutela, contro l'atto amministrativo discrezionale, che nella sua specialità conservi inalterati i suoi caratteri giurisdizionali.

Nel momento in cui infatti la riflessione sulla « quiddità » del giudizio amministrativo, iniziata sull'onda della controversia su *petitum* e *causa petendi* all'indomani della legge istitutiva della IV sezione, si fissava in una sistemazione dogmatica, ormai definitiva per l'autore, e capace d'influenzare il corso giurisprudenziale e l'elaborazione dottrinale successivi⁽⁶⁰⁾, nel momento in cui la categoria dell'interesse legittimo attraverso le « due figure » dell'« interesse occasionalmente protetto » e del « diritto affievolito »⁽⁶¹⁾ assumeva il suo volto più noto, la sua « tradizionale »

⁽⁵⁹⁾ Cfr. anche *ibid.*, p. 370: « attività libera non vuol dire attività arbitraria, attività di mera facoltà, che l'organo competente, cioè, può esplicare o no, o spiegare quando e col contenuto che esso crede nel suo arbitrio di adottare, perché l'amministrazione ha sempre l'obbligo, l'obbligo giuridico, che le deriva dalla stessa finalità dello Stato, di agire nello e per lo interesse pubblico.... Cosicché il suo potere è anche un dovere, dovere di agire se, quando, nella direzione e col contenuto che questi interessi collettivi richiedono ». Anche in questo caso Ranelletti seguiva una posizione di LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, cit., pp. 87 e ss., qualche anno più tardi recisamente criticata da TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden (kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung)*, Leipzig und Wien, 1924, pp. 4-5 (ma vedi già TEZNER, *Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, V (1911), spec. pp. 79 e ss.), per l'impossibilità di costruire su queste basi un efficace controllo giurisdizionale: affermare — secondo la tesi di Laun — che « was die Behörde für das öffentliche Interesse hält, ist im Rechtssinne das öffentliche Interesse », comportava infatti « dass mit dieser Feststellung nichts für die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle gegeben ist... ».

⁽⁶⁰⁾ Solo poche variazioni terminologiche e limitati aggiustamenti concettuali troviamo nelle opere più tarde di Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 161 e ss.; *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi*, in *Riv. amm.*, XCIX (1948), pp. 65 e ss..

Sul successo della tesi ranellettiana basti qui rinviare a GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. 2^a, cit., p. 19.

⁽⁶¹⁾ RANELLETTI, *Principii*, cit., pp. 427 e ss..

Pur non ripetendo l'affermazione del 1892 secondo la quale gli « in-

formalizzazione, la stessa descrizione delle situazioni soggettive individuali — del tutto coerentemente con l'impostazione generale del volume — scontava la libertà conquistata dall'amministrazione nel sistema politico costituzionale, puntualmente registrava il primato del potere discrezionale.

La sistemazione dogmatica delle situazioni soggettive individuali oltre la sfera del diritto soggettivo dimostra ancora una volta la sua relativa autonomia concettuale, dimostra cioè che la nozione d'interesse legittimo non sintetizza una situazione di vantaggio che il titolare fa valere all'interno del rapporto giuridico, che non può arroccarsi come il diritto soggettivo intorno ad una « signoria della volontà », ma esprime una figura giuridica che può comprendersi soltanto in relazione al potere, traduce nella sua povertà contenutistica, nella sua inafferrabilità definitoria, la prevalenza del momento dell'autorità su quello della libertà, la centralità e la supremazia del potere.

Ormai approdato ad una sede di rilevante impegno teorico, consolidata la posizione raggiunta nella teoria generale, assunto da criterio « inafferrabile » e « imponderabile »⁽⁶²⁾ a categoria basilare del diritto amministrativo, ciò nonostante l'interesse legittimo svela ancora la sua debolezza dogmatica, la sua natura intrinsecamente funzionale da una parte alla soluzione del problema del riparto⁽⁶³⁾, dall'altra alla discrezionalità del potere.

teressi occasionalmente lesi » non potevano giustificare la « competenza normale » della IV sezione (*retro* nota 63 - cap. 2°/2^a pt.) e sviluppando anzi la categoria dell'interesse occasionalmente protetto in relazione agli approfondimenti di Jellinek in tema di *Reflexrechte* (*retro* nota 55 - cap. 1°/2^a pt.), il fulcro della costruzione va ancora individuato nel diritto affievolito sia perché a questa « figura di interesse legittimo » Ranelletti collegava l'esercizio di quel potere discrezionale che una peculiare centralità aveva assunto nella sua costruzione dell'attività amministrativa sia per il fatto che proprio attraverso il costruito dell'« affievolimento » si poteva realizzare una totale eversione del sistema di giurisdizione unica.

⁽⁶²⁾ L'espressione — come si ricorderà, *retro*, p. 265 — era di ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, cit., p. 911 e p. 918.

⁽⁶³⁾ La stretta funzionalità della categoria dell'interesse legittimo alla soluzione del problema del riparto è stata lucidamente messa in rilievo da AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. 2°, *Diritto amministrativo*,

Immerso tra le « nozioni fondamentali » della sistematica amministrativa, l'interesse legittimo rivela ancora la sua insopprimibile storicità, conserva i segni indelebili dell'« espediente » teorico escogitato all'inizio degli anni '90 per individuare la *causa petendi* del giudizio amministrativo, tesse ancora una volta tangibili fili di continuità con quella sfera di amministrazione pura di cui il legislatore del 1865 aveva dimostrato precisa consapevolezza, ma sintetizza anche, quasi in controtelaio, l'itinerario del potere discrezionale, esprime sul piano delle situazioni soggettive un modello amministrativo largamente ispirato alla libertà del potere.

Nella sistemazione teorica del giurista abruzzese si fondono definitivamente le diverse sfumature della nozione, si riuniscono il piano concettuale ed ideologico e quello concreto dell'assetto delle giurisdizioni, dell'equilibrio del riparto ancora scissi nella costruzione, pur tanto significativa, di Santi Romano⁽⁶⁴⁾: in questo volume ranelletiano dei *Principii* l'interesse legittimo recupera l'intera gamma delle sue gradazioni, ricompono la pluralità delle sue sfaccettature.

Si confermano così la validità dell'ipotesi esegetica proposta nel lontano 1892⁽⁶⁵⁾, l'irreversibilità della soluzione « sostanziale », la centralità del criterio della *causa petendi*, tutti gli elementi interpretativi sostenuti nell'ormai risalente polemica con Scialoja, ma ora trasfusi all'interno di un « sistema » amministrativo che, consapevole del crescente rilievo sociale e costituzionale dell'azione degli apparati, ha abdicato alla tradizionale e contraddittoria mediazione tra diritto e interesse per una teoria generale che continuamente proclama la capacità dell'amministrazione di fare a meno della legittimazione normativa.

L'interesse legittimo abbandona così la sfera dell'amministrazione pura, non esprime più soltanto il fatto che nei confronti

Padova, 1940, p. 201, per il quale la tesi di Ranalletti rappresentava una « definizione certamente ingegnosa, ma in cui è palese l'impegno di voler risolvere soprattutto il problema processuale » del riparto, per altro, al momento in cui Amorth scriveva, ormai irreversibilmente definito secondo quelle categorie concettuali e rigidamente costruito intorno alla centralità del giudice amministrativo.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *retro* pp. 361 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *retro* pp. 268 e ss.

dell'esercizio del potere la tutela può esaurirsi in certi casi nella legittimità dell'azione amministrativa, non sintetizza le possibilità garantiste connesse allo sviluppo di un contenzioso di annullamento accanto ad uno di piena giurisdizione⁽⁶⁶⁾, non aggiorna l'equilibrato contemperamento spaventiano tra giurisdizione soggettiva e oggettiva, ma diventa lo strumento concettuale per scardinare questo equilibrio, per modificare l'assetto del riparto, affermare la centralità del giudice amministrativo⁽⁶⁷⁾.

E a questo scopo il costrutto del « diritto affievolito » serviva egregiamente perché riusciva a formalizzare la cedevolezza delle situazioni soggettive di fronte alla « libertà » dell'amministrazione, così chiaramente stabilita a livello di teoria generale, traduceva immediatamente nel rapporto amministrativo il primato del potere discrezionale, determinava la perdita dell'azione giudiziaria, costringeva la tutela in rigidi termini di decadenza e nelle strettoie di un processo da ricorso in cui l'oggetto della cognizione del giudice non andava al di là della verifica della definizione che di quel rapporto aveva dato il provvedimento amministrativo impugnato⁽⁶⁸⁾, ricostituiva l'intangibilità del potere esecutivo, lo sottraeva al giudice del diritto comune per ricondurlo all'interno del potere stesso, alla

(66) Sul punto cfr. anche CANNADA-BARTOLI, *Interesse*, cit., p. 27.

(67) La possibilità che « in riguardo al modo dell'esercizio, i diritti soggettivi propriamente detti (siano) in un certo grado trattati come interessi legittimi » (RANELLETTI, *Principii*, cit., p. 441 dove si conferma una posizione già affermata in *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. 3^a, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., p. 260) non solo confermava ulteriormente l'eterogeneità e la scarsa autonomia dogmatica del concetto di diritto affievolito, ma naturalmente apriva un altro varco per ampliare la competenza del giudice amministrativo. Il motivo per il quale diritti affievoliti ed ipotesi di « affievolimento » di diritti perfetti fossero equiparati sul piano dogmatico « è molto facile spiegarlo, quando si tenga presente l'origine processuale di questa categoria. In effetti tanto il primo quanto il secondo caso, in merito all'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione danno luogo a controversie di giustizia amministrativa, non risolvibili davanti al giudice ordinario » (AMORTH, *Figura giuridica e contenuto giuridico del diritto subiettivo affievolito*, cit., p. 204). Inutile ricordare la radicale diversità delle soluzioni teoriche e giurisprudenziali date da Mortara del problema del potere discrezionale (*retro* pp. 313 e ss.).

(68) BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 604.

precaria garanzia di « quel controllo interno che precisamente nel Consiglio di Stato ha la sua culminante e decisiva manifestazione ⁽⁶⁹⁾.

L'autonomia concettuale del diritto affievolito, della suddivisione dell'interesse legittimo nelle « due figure » ranellettiane è tutta qui, strettamente subalterna al problema del riparto ⁽⁷⁰⁾, strettamente funzionale al tentativo di affermare la residualità delle competenze del giudice ordinario, di trasferire sul piano degli equilibri giurisprudenziali la rinnovata libertà dell'amministrazione ⁽⁷¹⁾.

Ed un costrutto così eversivo, così gravido di effetti concreti non poteva certo sfuggire all'Avvocatura dello Stato sempre in agguato contro la « pericolosa » centralità del giudice ordinario: basta sfogliare la *Relazione per gli anni 1912-1925*, un testo divenuto famoso nella difficile storia italiana del riparto, rileggere i vigorosi proclami con i quali l'avvocato generale erariale sanciva « l'incensurabilità del potere discrezionale », la sottrazione alla « censura giurisdizionale » delle « potestative manifestazioni di sovranità », decretava l'assoluta necessità che nell'« interesse stesso del cittadino restino invulnerate ed invulnerabili le prerogative della pubblica amministrazione » ⁽⁷²⁾, per capire come la dicotomia

⁽⁶⁹⁾ *Discorso di S.E. Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., p. 6.

⁽⁷⁰⁾ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 148: la distinzione all'interno della categoria dell'interesse legittimo tra interessi occasionalmente protetti e diritti affievoliti « era il prodotto, per così dire, secondario dell'esigenza di spiegare il comportamento del diritto soggettivo nel suo scontro con il potere amministrativo allo scopo soprattutto di risolvere il delicato problema di appartenenza della competenza giurisdizionale ».

⁽⁷¹⁾ Il costrutto del diritto affievolito sarà infatti abbandonato, nel corso degli anni '50, dalla giurisprudenza, parallelamente al riconoscimento del principio generale dell'imperatività del provvedimento che sanzionerà in modo definitivo la centralità del giudice amministrativo. A questo proposito basti qui rinviare a GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 278-9, in nota.

⁽⁷²⁾ *Relazione sulla Regia Avvocatura Erariale per gli anni 1912-25* presentata a S.E. Il Capo del governo Benito Mussolini da S.E. l'Avvocato generale erariale Gaetano Scavonetti, Roma, 1926, pp. XXXIII-XXXIV. Sull'importanza e la novità di questa relazione si vedano almeno CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., p. 84; CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino*, cit., pp. 113 e ss..

apparentemente così logica tra attività vincolata e attività discrezionale e la categoria dell'interesse legittimo « che la più recente dottrina ha saldamente elaborato »⁽⁷³⁾, avessero garantito, forse anche oltre le stesse intenzioni dell'autore⁽⁷⁴⁾, una completa eversione del sistema di giurisdizione unica, avessero abbandonato i toni accademici e le disquisizioni dogmatiche per calarsi nella concreta effettività delle istituzioni.

⁽⁷³⁾ *Relazione*, cit., pp. 27-8: « Basta la presenza, in qualsiasi punto, (del) potere discrezionale perché sia da escludersi la esistenza di diritti a favore del singolo e la possibilità di un'azione giudiziaria e di un sindacato da parte della magistratura ordinaria ». In questo modo al sistema della « separazione » tra provvedimento valido ed invalido si sostituiva quello dell'« equiparazione ».

⁽⁷⁴⁾ Cfr. RANELLETTI, *Principii*, p. 438 per il riconoscimento del diritto di proprietà come diritto perfetto ed ID., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., p. 333, per l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie in materia di espropriazione per pubblica utilità, almeno per le questioni che non comportassero « un giudizio sull'esercizio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa ». La scienza giuridica già con ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 2°, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1937, p. 151, sarà invece rigidamente orientata ad attribuire al giudice amministrativo ogni controversia sul provvedimento ablatorio, adeguandosi così al principio generale dell'efficacia degradante del provvedimento amministrativo sostenuto dall'Avvocatura dello Stato.

CAPITOLO QUARTO

ALLA RICERCA DI UN PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Abituati a considerare la prolusione che Guido Zanobini tenne il 21 gennaio del 1924 nell'ateneo pisano ⁽¹⁾ « la concezione più rigorosa » ⁽²⁾ che la giuspubblicistica italiana ha dato del principio di legalità dell'amministrazione, il frutto maturo ⁽³⁾ prodotto — ormai agli inizi del regime fascista — dalla scienza giuridica liberale, per certi aspetti persino il corrispondente italiano della riflessione concettuale che negli stessi anni stava svolgendo in terra austriaca la Scuola di Vienna di Hans Kelsen e di Adolf Merkl ⁽⁴⁾, occorrerebbe, per collegare questo sbocco teorico alla progressiva affermazione del modello amministrativo che Oreste Ranelletti e lo stesso maestro di Zanobini, Santi Romano, avevano saldamente eretto intorno al primato degli apparati, verificare od un'improbabile posi-

⁽¹⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, Prolusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione tenuta nell'Università di Pisa il 21 gennaio 1924, in *Riv. dir. pubbl.*, XVI (1924), pp. 381 e ss., ora in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, cit., pp. 203 e ss.

⁽²⁾ Questo il giudizio di SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, cit., p. 9; ma si veda anche il passo di p. 29 in nota in cui si riconosce che la prolusione zanobiniana ha rappresentato « un superamento nominalistico » del conflitto tra amministrazione e cittadino.

⁽³⁾ GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XV (1965) — ora anche in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. I, *Diritto amministrativo*, Milano, 1965 — p. 7: con la prolusione pisana « la teorica di provenienza pandettistica del necessario fondamento legislativo dell'attività della pubblica amministrazione fu fissata al suo punto di massima trasparenza e precisione ».

⁽⁴⁾ MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., p. 151 in nota: « è evidente il nesso genetico che lega la tesi dello Zanobini a quella del Kelsen ».

zione marginale e residuale assunta dal giurista pisano ⁽⁵⁾ all'interno della scienza amministrativistica o viceversa scoprire le rilevanti implicazioni che una sì patente contraddizione del principio di « libertà » dell'amministrazione ⁽⁶⁾ doveva di necessità portare nella sistematica e nella costruzione dogmatica degli istituti del diritto amministrativo.

E parallelamente, scendendo sul piano più specifico delle vicende della giustizia amministrativa, un recupero così significativo della natura « esecutiva » dell'azione degli apparati riproporrebbe il problema del rapporto tra schemi giuridici elaborati dalla dottrina e soluzioni giurisprudenziali ⁽⁷⁾, che si stava saldamente costruendo in funzione di un nuovo equilibrio del riparto, di lì a poco infatti fissato nel concordato giurisprudenziale tra Mariano d'Amelio e Santi Romano con la definitiva consacrazione della centralità del giudice amministrativo ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Guido Zanobini era nato infatti a Pisa il 6 giugno del 1890. Laureatosi, sempre a Pisa, nel 1913 con Santi Romano, libero docente nel 1917 di diritto costituzionale, professore di diritto costituzionale a Cagliari, nel 1920 di diritto amministrativo a Sassari, quindi a Siena, nel 1923 a Pisa, Zanobini tenne per oltre un quarto di secolo la cattedra di diritto amministrativo nell'università di Roma, fondò nel 1951 la *Rivista trimestrale di diritto pubblico* che diresse sino alla morte, avvenuta a Roma il 7 agosto 1964. L'attività scientifica di Guido Zanobini si sposta quindi verso i nostri giorni sviluppandosi lungo un arco temporale di molto successivo ai limiti cronologici dell'« Italia liberale »: di conseguenza il ritratto del maestro pisano che apparirà in queste pagine risulterà necessariamente parziale e limitato agli interventi, pur molto significativi, della prima metà degli anni '20. Per un ritratto più esaustivo oltre al già ricordato GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, cit., si può vedere CASSESE, *Guido Zanobini e il sistema del diritto amministrativo degli anni trenta*, cit., pp. 289 e ss.. Notizie biografiche in *Noviss. dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, p. 1097 *ad vocem*.

⁽⁶⁾ Si veda il quadro che delle critiche al modello dell'amministrazione esecutrice di legge, così vive — come sappiamo — nella dottrina amministrativistica postorlandiana, dava lo stesso ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., pp. 203-4.

⁽⁷⁾ Abbiamo già visto *retro* p. 455, l'esplicito utilizzo delle tesi ranellettiane nelle linee di difesa che l'Avvocatura dello Stato cercava di far recepire nelle decisioni giurisprudenziali.

⁽⁸⁾ Cfr. M. D'AMELIO-S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXI (1929),

Non si dimentichi infatti che negli stessi anni della prolusione zanobiniana l'Avvocatura dello Stato traduceva nel concreto delle proprie scelte operative le linee teoriche elaborate nelle pagine di Oreste Ranelletti e che i primi significativi giudicati ⁽⁹⁾ registravano

I, pp. 181-191. Sull'importanza di questo concordato giurisprudenziale fissato tra il presidente della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, ed il presidente del Consiglio di Stato Santi Romano, obbligatorio il rinvio a GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. 3^a, cit., pp. 226-7, che per primo ne ha svelato il fondamentale contenuto sostanziale: « il concordato giurisprudenziale era ben altro che un accordo sui problemi processuali, esso rappresentava invece la definitiva sanzione della concezione del provvedimento amministrativo come atto imperativo e fortemente autoritativo ..., nonché l'accoglimento del modo dell'equiparazione in ordine alla fattispecie del provvedimento invalido ».

Le vicende che portarono con il concordato giurisprudenziale al c.d. « contemperamento tra *petitum* e *causa petendi* », dalla comparsa del criterio del *petitum* nella giurisprudenza della Corte di Cassazione con la presidenza di Lodovico Mortara (si veda in particolare Cass. Roma, 24 marzo 1916, Sez. Un., in *Giurispr. it.*, LXVIII (1916), I, 1, 580) al conflitto che oppose all'interno dello stesso Consiglio di Stato la IV Sezione, fedele alla *causa petendi*, alla V, che sosteneva il criterio del *petitum* (cfr. in particolare Cons. St. Sez. IV, 21 dicembre 1928; Cons. St. Sez. V, 10 maggio 1929, entrambe in *Giurispr. it.*, LXXXI (1929), III, 135, con nota di CAMMEO, *Ancora sul criterio distintivo della competenza del Consiglio di Stato (nella giurisdizione non esclusiva) e dell'autorità giudiziaria*), sono così conosciute che non occorre dedicare loro in queste pagine una specifica trattazione. Si vedano pertanto oltre al già citato Giannini, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 171 e ss.; CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, cit., pp. 77 e ss..

Il concordato tra D'Amelio e Romano già espresso nell'articolo scritto a quattro mani nel 1929, trovò la sua definitiva sanzione giurisprudenziale in Cons. St. ad. plen. 14 giugno 1930, in *Giurispr. it.*, LXXXII (1930), III, 149 ed in Cass., 15 luglio 1930, Sez. Un., in *ibid.*, I, 1, 964.

⁽⁹⁾ Un esempio particolarmente significativo in Cass. Roma, 13 maggio 1916, Sez. Un., in *Foro it.*, XLI (1916), I, 1025: si poteva leggere nella motivazione che « il nostro ordinamento giuridico per fini di utilità pubblica riconosce al potere esecutivo una certa libertà di movimento, una larghezza di facoltà che dicesi *discrezionale*. Si delinea così quella sfera di attribuzioni entro la quale la *libertà* diventa *autorità* e partecipa per similitudine e analogia della presunta legittimità degli atti legislativi e dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Per le svariate contingenze dei casi è impossibile disciplinare l'esercizio di siffatta autorità con norme precise e fisse; e quindi il legislatore deve rimettersi alla prudenza, alla solerzia, alla co-

ormai la centralità acquisita dal potere discrezionale, dall'imperatività del provvedimento nella determinazione del riparto.

Si stava cioè fissando sul piano delle relazioni tra giudice ordinario e amministrativo una nuova realtà istituzionale e persino

scienza, al senno degli organi operanti, alle cognizioni tecniche particolari che sono il presupposto delle loro attribuzioni, tracciando soltanto dei criteri direttivi e limitativi entro i quali però essi hanno quella piena libertà di determinazione che dicesi discrezionalità tecnica. Dentro codesta orbita operando gli organi statali non incontrano responsabilità giuridica » (pp. 1043-4). La sentenza, che la nota di Manfredi Siotto - Pintor giudicava di particolare gravità perché attraverso un « mal definito dominio di *libertà autoritaria* della pubblica amministrazione » (p. 1031) affermava una pericolosa « credenza nei diritti naturali dello Stato » e rappresentava « un vero e proprio momento di deviazione regressiva » « verso i men leggiadri tempi del dilagare della discrezionalità » (p. 1032), chiudeva un'annosa controversia che aveva visto contrapposti il Ministero di agricoltura, industria e commercio alla società « Mutual Reserve »: al di là del problema specifico che aveva dato origine alla lite (esistenza o meno di responsabilità civile dell'amministrazione per illegittima autorizzazione allo svincolo di depositi cauzionali obbligatori, *ex art. 145 cod. comm.*, per l'esercizio di attività assicurativa) la causa aveva assunto un valore quasi simbolico investendo più in generale l'intero problema dei rapporti tra discrezionalità e diritto soggettivo e conseguente determinazione della competenza giurisdizionale. La sentenza del 1916 (particolarmente apprezzata nella *Relazione sulla Regia Avvocatura Erariale per gli anni 1912-25*, cit., p. 29) ribaltava infatti radicalmente la decisione che nella stessa controversia aveva dato Cass. Roma, 3 maggio 1910, Sez. Un., in *Giurispr. it.*, LXII (1910), I, 1, 532, che lucidamente aveva riconosciuto la competenza dell'autorità giudiziaria, facendo apparire — come annotava la redazione della rivista — « quasi temeraria la tesi dell'incompetenza proposta dal governo con l'elevazione del conflitto ». (Sull'importanza di questa sentenza del 1910 cfr. anche CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino*, cit., p. 112). In senso conforme alla tesi poi definitivamente prevalsa si era mossa Cass. Roma, 2 gennaio 1914, in *Foro it.*, XXXIX (1914), I, 603, con nota contraria persino del più aperto sostenitore della centralità del potere discrezionale, Oreste Ranalletti, mentre per la competenza giudiziaria si era espressa App. Bologna, 14 giugno 1915, in *Foro it.*, XL (1915), I, 1083, con nota adesiva di Siotto-Pintor.

Stravolgendo il concetto di discrezionalità tecnica elaborato da Cammeo e da Presutti la Suprema Corte limitava drasticamente le ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione, le possibilità di cognizione del giudice ordinario, inaugurava un pericoloso indirizzo giurisprudenziale: cfr. Cass. Roma, 15 marzo 1919, Sez. Un., in *Foro it.*, XLIV (1919), I, 241; Cass. Roma, 10 gennaio 1920, Sez. Un., in *Foro it.*, XLV (1920), I, 686; e

uno dei più prestigiosi sostenitori degli equilibri tradizionali, Lodovico Mortara, pochi anni più tardi doveva ammettere espressamente di esser costretto ad aggiornare i criteri stabiliti nel *Commentario* di fronte alle novità legislative e giurisprudenziali⁽¹⁰⁾, formalizzava egli stesso il primato conquistato dal giudice amministrativo⁽¹¹⁾,

particolarmente Cass. Roma, 12 novembre 1920, Sez. Un., in *ibid.*, I, 193, per la quale « il servizio di rifornimento delle munizioni per l'esercito operante in guerra costituisce un'attività amministrativa di carattere discrezionale.... Un diritto perfetto, qual è quello alla incolumità personale e alla vita, si concreta in interesse se la lesione del bene che ne forma il contenuto avvenga per effetto di atti amministrativi discrezionali ».

⁽¹⁰⁾ MORTARA, *La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi*, cit., p. 389: « ringrazio sentitamente la Direzione di questa autorevole *Rivista*, che offrendomi cortese ospitalità mi permette di esporre nella sede migliore e più ascoltata talune considerazioni sopra un argomento che è stato qualificato tormentoso (*vexata quaestio*), dagli studiosi e dai pratici, e intorno al quale la mia penna si è esercitata in altri tempi e in aspetti varii, con criteri che ho riconosciuto non più interamente adeguati ai moniti della esperienza e alle vicende della legislazione ».

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, p. 403: « se la sussistenza di un diritto privato è il presupposto necessario, logico e non contestato, della norma giuridica che autorizza l'amministrazione all'*esercizio di potere discrezionale* su diritti patrimoniali del cittadino (inciso tratto da Cass., 15 luglio 1930, Sez. Un., cit., p. 967) la disputa relativa alla legittimità dell'atto o provvedimento con cui *venga attuato quel potere*, non esorbita dalla sfera delle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in sede di pura legittimità. Se, al contrario, per stabilire la legittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo è necessaria una pronuncia giurisdizionale *sulla esistenza e la misura di un diritto privato*, la sussistenza del quale arresterebbe o annullerebbe l'esercizio della funzione amministrativa, per *difetto di potere discrezionale sul medesimo*, l'oggetto sostanziale della controversia non è altro che il diritto privato, che da una parte si afferma dall'altra si nega » (corsivo nostro).

Il modello del *Commentario* (*retro*, pp. 301 e ss.) era ormai irrimediabilmente consegnato al passato, travolto dai nuovi equilibri giurisprudenziali, dalla tendenza — con la riforma del 1923 consacrata anche a livello legislativo — ad espandere indefinitamente le competenze giurisdizionali del Consiglio di Stato: con la vittoria delle « forze illiberali », con l'abbandono del *petitum* e con questo dei modelli teorici che proprio nelle pagine di Lodovico Mortara e di Vittorio Emanuele Orlando avevano trovato la più perfetta formalizzazione, veniva meno anche « una concezione generale della giustizia amministrativa che avrebbe attribuito al giudice

anticipava con la consueta lucidità nella lettura della giurisprudenza la formuletta che, nel binomio « carenza di potere » « cattivo esercizio di potere », all'indomani della seconda guerra mondiale, ne sintetizzerà la generale diffusione⁽¹²⁾.

Nello stesso momento la proclamata integrale sottoposizione dell'amministrazione alla legge sembrava troncare quel vincolo inscindibile che dalla metà degli anni '90 aveva avvinto potere discrezionale ed interesse legittimo, libertà dell'amministrazione e centralità del giudice amministrativo.

La scienza giuridica approdava cioè al principio di legalità dell'azione amministrativa, riconduceva la discrezionalità, il simbolo principe dell'autonomia degli apparati, all'esecuzione di legge nel momento in cui si stava concludendo la lunga lotta del riparto, in cui i precari equilibri teorici stabiliti dal legislatore dell'unificazione venivano sostituiti, in modo irreversibile, da un assetto istituzionale in cui la centralità del diritto soggettivo e del giudice ordinario abdicavano completamente al primato raggiunto dal Consiglio di Stato.

Del resto l'impossibilità di sottovalutare l'importanza della svolta zanobiniana appare immediatamente evidente se solo si considerano i reiterati proclami della libertà amministrativa, dell'autonomia dal diritto dell'amministrazione, della non giuridicità dei rapporti interni alla persona giuridica dello Stato, della capacità degli organi amministrativi d'interpretare e di soddisfare, indipendentemente dalla legge, i bisogni collettivi, che tanto spazio occupavano nella costruzione ranellettiana.

Dopo così insistenti affermazioni della libertà costituzionale degli apparati, la scoperta zanobiniana della « unhaltbare Analogie » « zwischen der physischen Person des Menschen und der juristischen des Staates »⁽¹³⁾, il riconoscimento lucido e puntuale che « mentre

civile un ruolo pieno, di verace sindacato sui provvedimenti amministrativi illegittimi produttivi di effetti di estinzione, perdita e modificazione di diritti e poteri dei privati e quindi avrebbe aumentato la tutela giurisdizionale di questi ». (Le frasi fra virgolette sono di GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. 3^a, cit., p. 227).

⁽¹²⁾ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 186-190.

⁽¹³⁾ Le parole — come sappiamo, *retro*, p. 351 — sono di KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 496.

l'individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare »⁽¹⁴⁾, non potevano non rappresentare una svolta teoricamente rilevante.

La riconquistata esecutività dell'azione amministrativa occupava del resto un posto preciso e significativo nella riflessione del maestro pisano e seguiva a distanza di due anni un altro importante aggiustamento teorico su di un tema tralattivamente collegato — sin dalle definizioni di Rudolf von Gneist⁽¹⁵⁾ — alla discrezionalità amministrativa: nel 1922 Zanobini aveva infatti pubblicato sulle colonne dell'*Archivio giuridico* un articolo breve, ma dall'evidente impegno dogmatico, su *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare* nel quale, invertendo una consolidata tradizione dottrinale, affermava a chiare lettere che « il preteso fondamento della potestà regolamentare nel potere discrezionale (era venuto) a mancare di ogni giustificazione sia teorica sia positiva »⁽¹⁶⁾.

Con una ricostruzione dogmatica particolarmente lucida Zanobini batteva in breccia i difficili e tormentati equilibri fissati da Federico Cammeo più di venti anni prima sul problema della potestà regolamentare, superava la convergenza di garanzia e supremazia che aveva caratterizzato l'approccio del giurista milanese e che aveva richiesto al tempo stesso l'attribuzione normativa della potestà regolamentare e permesso al regolamento di mantenere una funzione garantista come decisivo strumento di autolimitazione delle facoltà discrezionali, di giuridicizzazione della sfera del potere⁽¹⁷⁾.

La necessaria attribuzione normativa della potestà regolamentare, già riconosciuta da Cammeo, ma recisamente negata dalla dottrina prevalente, con Ranelletti in testa, acquisiva nella ricostruzione di Zanobini un'indubbia rilevanza, una peculiare autonomia concettuale ed, ormai completamente scisse le facoltà amministrative e le facoltà di legislazione materiale, troncava radicalmente ogni collegamento con la discrezionalità degli apparati per affidarsi ad

⁽¹⁴⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., pp. 206-7.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *retro* pp. 385-7.

⁽¹⁶⁾ ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio giuridico*, 1922, ora in *Id., Scritti vari di diritto pubblico*, cit., p. 153.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *retro*, pp. 384 e ss..

una più lineare « presunzione di speciale capacità tecnica che il legislatore ritiene propria di alcuni organi amministrativi alla formazione di certe norme giuridiche »⁽¹⁸⁾ e riportava così al vincolo legislativo l'esercizio di una manifesta espressione di autorità.

Ancora una volta quindi il primato degli apparati, la capacità dell'amministrazione di garantire autonomamente la giuridicità del proprio ordinamento venivano recisamente negati, il solco con la riflessione della scienza giuridica precedente si approfondiva attraverso una rappresentazione che non a caso è stata definita « una delle formule applicative più perfette intorno alle premesse di un regime parlamentare classico o di tipo ideale », affermata tuttavia « per un curioso paradosso della storia »⁽¹⁹⁾ proprio nel momento in cui quel regime costituzionale conosceva la sua involuzione storicamente più drammatica.

In questo senso la relazione tra la prima e la seconda generazione dei maestri italiani del diritto pubblico andrebbe vista alla luce di una evidente discontinuità messa in rilievo dalle novità teoriche e contenutistiche di questi interventi zanobiniani della prima metà degli anni '20 oppure, attraverso questa tarda epifania, sarebbe necessario rivisitare l'itinerario compiuto dalla giuspubblicistica dalla metà degli anni '90 sino agli ultimi drammatici momenti dell'« Italia liberale » e spogliare i continui, ripetuti, assillanti appelli alla « libertà » dell'amministrazione, all'insostituibile centralità degli apparati nel sistema politico, dalle manifestazioni più apertamente autoritarie, ricondurre le stesse costruzioni teorico-dogmatiche, gli stessi istituti giuridici — primo fra tutti proprio l'interesse legittimo — che questo equilibrio costituzionale, questo primato dell'amministrazione sulla politica, degli apparati sul Parlamento, sapientemente esprimevano, alla linearità del liberalismo giuridico, alla rassicurante razionalità del *Rechtsstaat*.

La scienza italiana del diritto pubblico avrebbe così potuto consegnare al fascismo una tavola di valori giuridici difendibili anche durante il ventennio, magari ripiegando verso una « conce-

⁽¹⁸⁾ ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, cit., p. 156.

⁽¹⁹⁾ CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., p. 100.

zione amministrativa » dello Stato di diritto ⁽²⁰⁾, avrebbe garantito l'inalterata vigenza di una razionalità amministrativa costruita secondo principi autenticamente liberali.

In realtà un ripiegamento verso una « concezione amministrativa » dello Stato di diritto, identificato semplicemente con lo Stato dotato di un sistema di giustizia amministrativa ⁽²¹⁾, probabilmente non ci fu per il semplice motivo che la giuspubblicistica consegnò al fascismo un modello di Stato di diritto contenutisticamente povero — se non forse per i contenuti autoritari che svelava al proprio interno — adattabile ad ogni forma di governo, pericolosamente depauperato di solide istanze garantiste, estraneo ad affermazioni sinceramente democratiche.

La facilità con la quale le definizioni ed i costrutti teorici della cultura giuridica tradizionale si adegueranno al mutamento degli assetti costituzionali, la possibilità di affermare, a più di dieci anni di distanza dalla prolusione pisana, l'inalterata validità del principio di legalità dell'amministrazione, perché « la tendenza degli ordinamenti più recenti a restringere la competenza della legge formale, ampliando quella della autonomia del potere esecutivo, non diminuisce l'accennato contenuto del diritto amministrativo, perché i regolamenti emanati in base a tale autonomia sono anch'essi leggi in senso materiale, parti costitutive del diritto oggettivo » ⁽²²⁾, possono essere spiegate con il rifiuto da parte del regime di « alcune

⁽²⁰⁾ G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IX (1959), pp. 399 e ss..

⁽²¹⁾ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. 2°, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 10: « sarebbe grave errore ritenere che i principi dello Stato di diritto e gli istituti della giustizia amministrativa, perché sorti nello Stato liberale, siano incompatibili coi principi del Regime fascista ». Del resto lo stesso Mussolini (*Discorso di S.E. Mussolini, Primo ministro, Duce del fascismo per l'insediamento del presidente del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, V (1929), pt. IV, p. 1) aveva dichiarato che « per il Governo Fascista la giustizia amministrativa non è una vana formula, abbandonata alle disquisizioni teoriche dei giuristi solitari, ma un programma politico concreto... ». Sul punto si vedano le osservazioni di GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, cit., p. 14.

⁽²²⁾ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1936, p. 22.

aberrazioni del totalitarismo »⁽²³⁾, ma indubbiamente pongono anche inquietanti interrogativi sulla reale portata della svolta zanobiniana.

L'abbandono dei postulati più insostenibili della teoria della « libertà » dell'amministrazione, la riconosciuta impossibilità giuridica di tradurre il primato degli apparati in una crescente libertà dell'amministrazione dalla norma, la scoperta che lo schermo della persona giuridica, l'exasperato antropomorfismo, incontravano evidenti limiti logici e che non era possibile accentuare indefinitamente l'equiparazione tra soggetto individuale e soggetto amministrativo per garantire all'amministrazione di esprimere una propria autonoma « volontà », segnavano una svolta teoricamente significativa e l'affermazione, secondo la quale « per lo Stato che agisce per il proseguimento dei suoi fini, la legge è una volontà interna, una volontà immanente, è la sua stessa volontà »⁽²⁴⁾, possedeva un'incontestabile validità generale.

I giuristi che sentivano ancora risuonare i rimbombanti proclami ranellettiani della capacità dell'amministrazione di determinare autonomamente i fini dello Stato, di fissare « in virtù della sua propria forza »⁽²⁵⁾ il contenuto dell'azione degli apparati, trovavano nelle pagine di Zanobini una rilevante inversione di tendenza: « la pubblica amministrazione non è un soggetto distinto dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il proseguimento dei suoi fini. Come per i soggetti estranei questi fini sono determinati dalla rispettiva loro volontà, così per lo Stato sono determinati da quel potere che è l'organo della sua volontà: il potere legislativo. I fini, così determinati dal legislatore, s'impongono per l'obbligo della loro attuazione, al potere, cui questo compito appartiene per l'organizzazione stessa dello Stato, al potere amministrativo »⁽²⁶⁾.

Sarebbe ingiusto quindi sottovalutare il valore di questa conclusione, non tener conto dell'aggiornamento delle fonti tradizionali della scienza amministrativistica italiana che veniva compiuto nella

⁽²³⁾ L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 900.

⁽²⁴⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 205.

⁽²⁵⁾ RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 274.

⁽²⁶⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 205.

prolusione pisana, non dare il giusto peso all'acquisita consapevolezza dei risultati « cui è giunta la stessa dottrina dominante »⁽²⁷⁾, quella dei Friedrich Tezner, dei Walter Jellinek, degli Hans Kelsen⁽²⁸⁾, nella definizione giuridica della discrezionalità amministrativa, nella sottrazione dell'autonomia degli apparati alla sfera indeterminata ed indefinita della libertà dal diritto, della « libertà di qualunque soggetto che agisce nei limiti del diritto »⁽²⁹⁾, non apprezzare l'importanza di quei principi che poco più di un decennio più tardi costituiranno anche la base della fortunata costruzione del potere discrezionale elaborata da Massimo Severo Giannini⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, p. 209.

⁽²⁸⁾ Non solo gli *Hauptprobleme* di Kelsen facevano la loro comparsa nella prolusione pisana, ma anche il volume di Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung (zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und- verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung)*, Tübingen, 1913 ed il già citato TEZNER, *Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde*, per i quali basti qui rinviare a PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 69-72; LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, cit., p. 127.

⁽²⁹⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 209. Si fissa così un rapporto necessario tra discrezionalità e principio di legalità: « l'attività 'discrezionale' può essere definita tale e non invece 'libera' proprio perché si tratta di attività che trova un limite — nel suo contenuto — nella legge alla quale sia subordinata e sia obbligata a conformarsi almeno nel fine, oltreché nella competenza in base alla quale si esprime e nella procedura nella quale si traduce » (S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 664).

⁽³⁰⁾ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 14: « la qualifica di attuazione di legge non infirma l'esistenza di un potere discrezionale, né ne sminuisce la portata, anzi per il potere discrezionale amministrativo essa forma un fondamento necessario ». Proprio il riconoscimento del principio di legalità amministrativa permetteva così che l'attività discrezionale non fosse più qualificata come « libera »: « essa va solamente qualificata come attività in cui si esercita un potere discrezionale » (*ibid.*, p. 14 e vedi *retro* nota 71 cap. 2°/3^a pt.). Inutile ricordare che con questo scritto del 1939 faceva la sua prima comparsa nella scienza amministrativistica italiana la definizione della discrezionalità come ponderazione tra interessi primari e secondari, come « ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti degli altri interessi specifici » (*ibid.*, p. 78).

Ma d'altra parte sarebbe anche incongruo enfatizzare il significato della svolta, attribuire alla riconosciuta « sproporzione » determinata dal « ravvicinamento della funzione della legge nei riguardi dell'amministrazione a quella della medesima nei riguardi di qualunque soggetto che agisce per il conseguimento dei propri fini »⁽³¹⁾ valenze che tale riconoscimento non possedeva, confondere la natura *rechtstheoretisch* dell'affermato principio di *Rechtmässigkeit* dell'azione amministrativa e la diversa natura *rechtspolitisch* del principio di *Gesetzmassigkeit* della stessa attività amministrativa.

Per usare questa classificazione, elaborata non a caso nell'ambito di quella scuola⁽³²⁾ che il principio di legalità, fondendo profili *rechtstheoretisch* e profili *rechtspolitisch*, era arrivata persino a costituzionalizzare, a tradurre espressamente in una norma di diritto positivo, in un paragrafo della costituzione austriaca del 1° ottobre 1920⁽³³⁾, si potrebbe dire che l'approdo zanobiniano era essenzialmente *rechtstheoretisch*, indirizzato ad una più credibile e contemporaneamente più raffinata descrizione delle forme di azione dello Stato, degli equilibri tra i poteri, ma in perfetta continuità con quel primato dell'amministrazione affermato nelle pagine di Ranalletti e

⁽³¹⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 204.

⁽³²⁾ La classificazione risale a MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 162-3: « der Grundsatz der blossen Rechtmässigkeit der Verwaltung erlaubt nicht einen Rangunterschied zwischen den Staatsfunktionen zu erkennen, ordnet die Verwaltung auf gleicher Stufe mit der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit in das System der Staatsfunktionen ein. Anders der Grundsatz der Gesetzmassigkeit der Verwaltung ». « Ist der Grundsatz der Rechtmässigkeit der Verwaltung ein im Wesen aller Staatstätigkeiten als Rechtsfunktionen begründetes rechtstheoretisches Gesetz, so ist der Grundsatz der Gesetzmassigkeit der Verwaltung ein rechtspolitisches Postulat, das gesetzgeberischer Honorierung bedarf, um positivrechtlich zu Recht zu bestehen ».

⁽³³⁾ Cfr. art. 18 c. 1 della costituzione austriaca del 1 ottobre 1920: « die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden ». Sulla costituzione austriaca rinviamo a MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, cit., pp. 191-7; W. BRAUNEDER - F. LACHMAYER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Wien, 1983 (1ª ed. 1976), pp. 209 e ss.. Per l'influenza della « Scuola di Vienna » sulla redazione dell'articolo in questione cfr. G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, 1981, p. 99, per il quale « die endgültige Fassung des Legalitätsprinzips geht auf eine Anregung Kelsens zurück ».

di Romano secondo costrutti teorici troppo risalenti ad un datato *monarchisches Prinzip* ed ormai bisognosi di un più attendibile aggiornamento concettuale.

Non c'è nessun primato del Parlamento dietro questa conquistata legalità dell'azione amministrativa, nessuna pretesa di fissare « einen Rangunterschied zwischen den Staatsfunktionen », nessuna volontà di ricondurre la centralità della vita dello Stato nell'organo rappresentativo della volontà e della complessità del sociale: la riconosciuta esecutività dell'azione amministrativa — ma Zanobini preferirà parlare di « attuazione della legge »⁽³⁴⁾ — ha un valore prevalentemente logico, risponde alla necessità di fissare un fondamento normativo alla funzione degli apparati, di ricondurre al « giuridico » la materialità dell'azione amministrativa, d'imputare allo Stato persona giuridica l'attività dei suoi organi.

Kelsen ha già dimostrato da più di un decennio che « die innerhalb der Rechtsschranken fallende Tätigkeit, juristisch unqualifiziert, irrelevant ist »⁽³⁵⁾: occorre prendere atto, abbandonare i principi ormai indifendibili della teoria della « libertà » dell'amministrazione, sostituire una teoria che sembrava ormai priva di un affidabile significato giuridico.

Così nel momento stesso in cui il principio di legalità veniva definito per la prima volta in modo scientifico nella scienza amministrativistica italiana, conquistava il rango di principio giuridico generale, esso dimostrava anche la sua intrinseca povertà contenutistica, formalizzava certo la consacrazione definitiva del principio di generale azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, la necessaria legittimità dei provvedimenti, l'indispensabile presenza nell'ordinamento di un sistema di giudici amministrativi, ma confermava anche la sua debolezza di principio costituzionale, il valore « meramente giuridico » del con-

(34) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 212: « se anche si vuole evitare la parola 'esecuzione', che potrebbe far pensare ad un disconoscimento della discrezionalità, certo fuor di luogo, possiamo parlare di 'attuazione della legge' ... ». Si veda anche la ricostruzione che della svolta rappresentata dalla prolusione pisana ha dato più tardi lo stesso ZANOBINI, *Amministrazione pubblica*, b) *Nozione e caratteri generali*, in *Enc. del dir.*, vol. 2°, Milano, 1958, p. 245.

(35) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 496.

petto di Stato di diritto ⁽³⁶⁾, la sua disponibilità a qualsiasi forma di governo, la possibilità d'imporsi « jusque dans les pays de monarchie pure » ⁽³⁷⁾.

Avulsa dal « radikale Rechtsstaatsdenken », dall'« Antiabsolutismus » ⁽³⁸⁾ che animavano l'approdo della scuola di Vienna al *Legalitätsprinzip*, la soluzione zanobiniana non ha la possibilità d'incidere sull'inattaccabile centralità della pubblica amministrazione fissata nelle sue linee teoriche con le sistematiche romaniane e ranellettiane: lontano dalla centralità del Parlamento, privo di contenuti sostanziali, l'affermato principio di legalità amministrativa giungeva in ultima analisi ad offrire una più credibile copertura formale all'indiscutibile primato degli apparati.

La raggiunta totale sottomissione dell'amministrazione alla legge, al di là del suo pur rilevante contenuto teorico, non può nascondere allora la realtà di un traguardo nominalistico conquistato senza rinunciare in niente all'autoritarismo delle costruzioni precedenti, senza porre in discussione i valori che a quelle costruzioni erano sottesi, senza affermarne di nuovi, senza sostenere la necessità di sviluppare un processo di democratizzazione dell'attività e dell'organizzazione amministrativa.

Un solido elemento di continuità s'insinua così all'interno degli aggiornamenti teorici, pervade le novità concettuali e gli aggiustamenti definitivi: proprio la prolusione pisana, nel momento stesso in cui riaffermava la natura esecutiva dell'intera attività amministrativa, in cui sottraeva il potere discrezionale all'indistinta sfera di libertà dell'amministrazione, all'autonomia costituzionale degli apparati, rinnovava anche sotto forme ben più sofisticate la libertà del potere, legittimava ulteriormente la dignità dogmatica dell'interesse legittimo, ne sanciva l'insostituibilità concettuale, ne

⁽³⁶⁾ GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, *Diritto costituzionale generale. Storia costituzionale e politica costituzionale*, Milano, 1977, pp. 141 e ss..

⁽³⁷⁾ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, 1920 (citiamo dalla riproduzione anastatica Paris, 1962), p. 491.

⁽³⁸⁾ FUNK, *Der Einfluss der « Wiener Schule des Rechtspositivismus » auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., p. 111.

rinnovava l'ormai indiscussa centralità all'interno del sistema amministrativo.

Ancora una volta il potere rivendica la sua autonomia; l'indipendenza degli apparati amministrativi reclama una sua formale consacrazione, esige una profonda differenziazione dall'integrale vincolo alla norma che deve caratterizzare la funzione del giudice: l'amministrazione pretende il riconoscimento della specialità del proprio potere, vuole sottrarsi alle strettoie della distinzione tra *legis latio* e *legis executio* ⁽³⁹⁾, alla tendenziale unificazione di *Justiz* e *Verwaltung* ⁽⁴⁰⁾, al carattere esclusivamente *organisatorisch* ⁽⁴¹⁾ di quella distinzione. La validità di un « principe de distinction matérielle entre les deux fonctions » ⁽⁴²⁾ conserva la sua completa intangibilità, resiste alla riconosciuta integrale sottomissione dell'attività amministrativa alla legge.

Il principio di legalità non è portato — come invece avveniva nello stesso torno di tempo nelle pagine pur tanto diverse di un Carré de Malberg o di un Hans Kelsen ⁽⁴³⁾ — alle sue estreme

⁽³⁹⁾ KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, cit., pp. 83-4.

⁽⁴⁰⁾ KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., pp. 123 e ss.

⁽⁴¹⁾ MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 36-7.

⁽⁴²⁾ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I, cit., p. 762, per il quale nell'*État légal* era possibile soltanto una distinzione formale tra le due funzioni di giurisdizione e amministrazione, entrambe caratterizzate ormai dall'esecuzione del dettato normativo.

⁽⁴³⁾ Se il formalismo della Scuola di Vienna traduce la propria carica antiautoritaria in un'esaltazione del primato della legge e del Parlamento, approdando tuttavia ad un principio di legalità che coinvolge anche i rapporti tra legge ordinaria e norme costituzionali ed esalta la funzione della Corte costituzionale (cfr. spec. gli scritti raccolti in KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Geraci, Milano, 1981) in tutta l'opera di Carré de Malberg « è avvertibile una più o meno accentuata critica alla sovranità assolutizzante del Parlamento, che (egli) ritiene sovrastare l'intero ordinamento francese della terza Repubblica » (M. GALIZIA, *Il « positivisme juridique » di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), p. 383).

Lo stesso Carré de Malberg esaminò le teorie kelseniane nell'opera *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les données et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, 1933, per l'esame della quale rinviamo a GALIZIA, *Il*

conseguenze logiche, all'identità strutturale di amministrazione e giurisdizione: quando la distinzione tra le due funzioni diventa più sfumata e l'amministrazione cessa di proclamarsi un'attività essenzialmente libera nei limiti del diritto, si pone sullo stesso piano della giurisdizione nell'esecuzione del dettato normativo, accetta la sua dipendenza formale dalla legislazione, la norma stessa si scinde, la specialità si sposta a livello normativo e, mentre l'imperatività della norma s'indebolisce, si trasforma per « il fatto di ricadere e di ritornare nell'ambito della sovranità »⁽⁴⁴⁾, il potere amministrativo recupera intatta la propria perduta autonomia.

E naturalmente la specialità delle situazioni soggettive, la specialità del giudice chiamato a sanzionare le norme dirette agli apparati acquisiscono un più sicuro fondamento giuridico, trovano nella conquistata legalità dell'azione amministrativa un ultimo inespugnabile baluardo.

Si scopre così che la legalità amministrativa è solo un nome nuovo per spiegare una secolare vicenda, che le norme amministrative non possono essere equiparate alle norme civili e penali, non creano né regolano rapporti giuridici, ma rimangono norme che hanno soltanto lo scopo di « dirigere la condotta degli organi »⁽⁴⁵⁾, sono — come si dirà qualche anno più tardi — esclusivamente delle « norme d'azione »⁽⁴⁶⁾, rappresentano soltanto una configurazione più perfetta e compiuta di quelle norme che « si sono svolte dagli antichi ordini e istruzioni con cui il sovrano regolava la condotta delle autorità subordinate »⁽⁴⁷⁾.

« *positivisme juridique* », cit., pp. 472-3; ROEHRSEN, *Di un confronto impossibile ovvero dell'analisi effettuata da Carré de Malberg del sistema gradualistico kelseniano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIV (1984), pp. 163-9.

⁽⁴⁴⁾ BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, cit., p. 1026.

⁽⁴⁵⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 216.

⁽⁴⁶⁾ GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1943, pp. 31-2 e qualche cenno già in *Id.*, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, cit., p. 23, all'interno di una prospettiva interpretativa che a differenza di quella zanobiniana approdava ad ipotesi di doppia tutela: cfr. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, cit., p. 1025; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 178-81.

⁽⁴⁷⁾ ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 215.

La grande novità dello Stato di diritto, il significato tangibile del principio di legalità non possono consistere allora in un nuovo equilibrio tra i poteri, nell'attribuzione agli organi elettivi e rappresentativi della funzione di direzione dello Stato: l'amministrazione fa salvo il carattere originario del proprio potere; il principio monarchico, calato nell'autonomia degli apparati, conserva il suo valore costituzionale.

Con il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto il cittadino ha ottenuto soltanto l'azionabilità delle proprie pretese: « all'efficacia interna di queste norme verso gli organi si è aggiunta una efficacia esterna verso i sudditi consistente nella obbligatorietà loro anche per la persona giuridica statale e, per conseguenza, nella garanzia ai sudditi che gli organi amministrativi agiranno nel modo da esse prescritto » (48).

Legalità amministrativa ed azionabilità delle pretese si confondono e si sovrappongono: il modello di un'amministrazione secondo la legge non evoca nessun primato della *volonté générale*, nessuna gerarchia tra i poteri, la legalità si esaurisce nelle riposte pieghie di un munito sistema di giustizia amministrativa.

Il superamento della teoria della « libertà » dell'amministrazione ne determina quindi una nuova trasfigurazione; l'estensione del comando normativo allo Stato riconferma anche l'irriducibile autonomia del potere: la giustizia amministrativa confinata nell'« occasionalità » e « accessorietà » della sua protezione rappresenta così l'unica concessione che lo Stato persona giuridica, continuamente portato a riaffermare la propria monoliticità, la propria assoluta centralità nell'ordinamento (49), era disposto ad accordare nella lunga lotta tra amministrazione e diritto, tra autorità e libertà.

(48) *Ibid.*, p. 216. In questo senso allora anche l'interesse legittimo può rappresentare una fondamentale « conquista civile » (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 512).

(49) ZANOBINI, *Recensione* di S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, in *Riv. dir. pubbl.*, XIX (1927), pt. I, p. 317: la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici rappresenta « la più realistica interpretazione del fenomeno giuridico ». « Lo Stato che chiudendo gli occhi alla realtà lascia che le altre organizzazioni vivano e si rafforzino è destinato a vedersi spogliato dalla loro crescente potenza di tutti i poteri e degli attributi stessi della sovranità. Per conservarsi forte lo Stato deve

L'apparente conciliazione tra norma e potere, tra diritto e amministrazione che sembra emergere dall'affermato principio di legalità amministrativa, la fragile vittoria che il « giuridico » sembra riportare sulla materialità e sulla libertà del potere non comportano così nessun riassorbimento dell'ordinamento amministrativo nell'ordinamento comune, non aprono nuovi spiragli verso un'identica sottoposizione alla legge dei soggetti pubblici e privati, non pongono le premesse perché « vengano eliminati l'assurdo dualismo e la concorrenza pericolosa tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa »⁽⁵⁰⁾.

La specialità del diritto rivolto agli apparati, la specialità del giudice chiamato a sanzionare i fatti amministrativi trovano così una nuova impreveduta conferma in una « legalità » che nessuna alterazione introduce negli equilibri tra i poteri, che riconosce già a livello definitorio la propria intrinseca debolezza, svela quell'intima dicotomia che nasconde in realtà la profonda disparità dei soggetti all'interno dell'ordinamento.

La giuspubblicistica, venuta meno quella lucida consapevolezza dell'inscindibilità del giuridico, della norma, dell'ordinamento che aveva caratterizzato il difficile, contraddittorio scontro tra libertà e autorità combattuto nel tormentato itinerario giuridico di Federico Cammeo, avendo rinunciato al tentativo di fissare le relazioni tra amministrazione e cittadino nelle linee del rapporto giuridico di diritto comune, nella unitarietà del diritto soggettivo e della tutela giurisdizionale, rivendica all'interesse legittimo l'assoluta accidentalità della sua protezione, conferma la precarietà delle situazioni soggettive nel loro conflitto col potere, abbandona i postulati ormai indifendibili della teoria della « libertà » dell'amministrazione, trova nelle « norme d'azione » un nuovo e più solido appiglio dogmatico.

L'interesse legittimo conferma così anche la sua imprescindibile natura di « effetto riflesso », di incidentale, occasionale, indiretta conseguenza di quella « norma la quale nella sua formulazione

non ignorare, ma imporsi nettamente il problema delle altre organizzazioni giuridiche viventi in lui e contro di lui: e di fronte alla necessità di dominarle deve combatterle e inquadrarle nel suo ordinamento... ».

⁽⁵⁰⁾ KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 156.

e nella sua struttura tecnica rimane anche oggi un comando rivolto dal legislatore agli organi amministrativi »⁽⁵¹⁾, una norma che non assurge a fonte di un rapporto giuridico, ma determina l'attrazione « nell'orbita personale dello stato »⁽⁵²⁾ delle stesse situazioni soggettive individuali.

Negata l'identità tra discrezionalità e libertà, sottratto il potere discrezionale all'attività libera degli apparati, sfruttate le potenzialità garantiste connesse all'evoluzione del sindacato sull'eccesso di potere per affermare che anche « quando agisce in forza del potere discrezionale » l'amministrazione « appare come un soggetto sottoposto alla legge ed attivo per la realizzazione di essa »⁽⁵³⁾, il contenzioso amministrativo si conferma tuttavia ancora una volta un istituto giuridico « che trova il suo fondamento precisamente, anzi esclusivamente, sul presupposto di un diritto di libertà dello Stato »⁽⁵⁴⁾.

(51) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 216.

(52) BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, cit., p. 1026: « le norme dirette allo stato subiscono insomma la trasformazione determinata dal fatto di ricadere o di ritornare nell'ambito della sovranità mediante l'attivazione o la disciplina di una serie di rapporti di appartenenza che comprendono i cosiddetti organi dello stato, ma che non lasciano immuni i soggetti individuali in quanto appunto si pongano in relazione immediata con il potere politico (diritti riflessi, interessi legittimi e figure affini) ». Cfr. anche RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo. Le garanzie della legalità nella pubblica amministrazione*, vol. 2°, *La giurisdizione ordinaria*, cit., p. 73: « in generale dalle leggi amministrative nascono solo interessi legittimi, perché di regola esse riconoscono un potere discrezionale all'autorità amministrativa di fronte all'interesse dell'individuo, che proteggono ».

(53) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., p. 210.

(54) D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1966, p. 240: il presupposto del contenzioso amministrativo è che « esista una attività dello Stato libera in confronto al cittadino, che cioè esistano azioni dello Stato che il cittadino non ha alcun diritto, ma soltanto un interesse, a che siano compiute od omesse e che perciò lo Stato ha il diritto di ammettere o di compiere in confronto al cittadino stesso, sia pure che in confronto a se stesso nei rapporti interni, egli invece sia obbligato a compierle od ometterle ». Sul significato di questa posizione dobbiamo rinviare qui a BERTI, *Rileggendo Donato Donati*, in *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, CLXXIV (1967), pp. 224 e ss.; mentre sulla figura del giurista modenese

Se la libertà si piega alla norma ed il vincolo normativo recupera la sua funzione di presupposto essenziale e determinante della possibilità di un controllo giurisdizionale, la norma stessa reciprocamente si piega alla libertà amministrativa, all'autonomia del potere, denuncia un'evidente perdita d'imperatività e di vincolatezza, comprime le situazioni soggettive individuali, restituisce, nella sua povertà contenutistica, agli stessi apparati il compito di determinare l'interesse pubblico, di regolare il conflitto tra amministrazione e cittadino, tra autorità e libertà.

Nel momento in cui la determinazione delle situazioni soggettive abbandona il terreno concreto del riparto, cessa di essere funzionale esclusivamente all'affermazione del primato del potere discrezionale, ricerca fondamenti dogmatici più sicuri di quella teoria della « libertà » dell'amministrazione che pericolosamente svelava la sua « irrilevanza » giuridica ed approda ad un più serrato confronto con la norma⁽⁵⁵⁾, la norma stessa risulta alla fine del tutto trasformata dal potere e la capacità di protezione dell'interesse individuale riesce così completamente compromessa: l'interesse legittimo diventa allora « qualcosa di ancor meno di una aspettativa legittima, perché questa gode di tutela diretta, mentre quello solo di tutela riflessa, ossia è un'aspettativa a tutela riflessa, l'infima, diremmo oggi, delle situazioni soggettive che possa pensare un cervello giuridico »⁽⁵⁶⁾.

Senza confondersi con i toni gravi dei giuristi più vicini al regime fascista, senza ripercorrerne le smodate affermazioni di autoritarismo o le clamorose falsificazioni storiche, reticente nei confronti delle novità dell'esperimento corporativo, chiusa nella tecnicità delle proprie costruzioni dogmatiche, la scienza giuridica amministrativistica, la scienza giuridica « tradizionale » non arriverà a

oltre a CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., pp. 41-2, si vedano R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiana del primo novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI (1976), pp. 515-542; G. FALCON, *Donato Donati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXVIII (1978), pp. 234 e ss..

⁽⁵⁵⁾ Un confronto assente od assai precario nella riflessione ranelletiana; *retro* pp. 445 e ss..

⁽⁵⁶⁾ GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. 2^a, cit., p. 19.

compiere durante il ventennio l'ultimo passo, a « buttare senza pietà nel più profondo oceano il vecchio idolo (dello Stato di diritto), questo segno e carattere della mentalità liberale », a « dichiararlo in perfetta antitesi con lo spirito animatore dello Stato fascista » (57).

Non troveremo così nel *Corso* di Romano, nelle *Guarentigie* di Ranelletti, nel *Corso* di Zanobini (58), tutti pubblicati nel decennio dal trenta al quaranta, una revisione teorica degli istituti di giustizia amministrativa, un loro adeguamento alla nuova realtà costituzionale, non vi leggeremo il rifiuto del modello delle « guarentigie amministrative e giurisdizionali dei cittadini contro la pubblica amministrazione » proclamato a chiare lettere nel recupero fascista degli istituti « liberali » della giustizia amministrativa (59): legalità dell'amministrazione e primato dell'esecutivo, Stato di diritto e centralità degli apparati conserveranno ancora le loro con-

(57) Come facevano invece i giuristi più vicini alle nuove ideologie dominanti. Le frasi citate nel testo fanno parte degli apologetici proclami di C. CARISTIA, *Ventura e avventure di una formula: « Rechtsstaat »*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, ora in ID., *Scritti giuridici storici e politici*, vol. I, *Scritti giuridici*, Milano, 1953, pp. 364-6. Sul dibattito che si aprì sul rapporto tra il regime fascista e il modello dello Stato di diritto, si veda anche P. BODDA, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935 e per una valutazione critica TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, cit., pp. 399 e ss.; ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 85 e ss..

(58) Apparsi rispettivamente nel 1930, nel 1934, nel 1936 (2° vol. nel 1937, 3° nel 1939).

(59) C. BOZZI, *La giustizia amministrativa da Silvio Spaventa a Benito Mussolini*, Prolusione al corso di diritto amministrativo tenuta all'università di Roma il 22 gennaio 1934, in *Riv. dir. pubbl.*, XXVI (1934), pp. 265 e ss., per il quale la giustizia amministrativa ha potuto conservare inalterata la propria centralità nel regime fascista soltanto perché essa non rappresenta più una « funzione giurisdizionale intesa come uno dei mezzi di difesa concessi al cittadino contro un potere dello Stato, che è quanto dire contro lo Stato », ma semplicemente uno strumento di collaborazione che « lo Stato stesso ha voluto perché per esso il controllo riuscisse più proficuo alla legittimità dell'attività amministrativa ». In questo modo la vecchia tesi della giurisdizione oggettiva, rigorosamente limitata da Spaventa al settore di amministrazione pura, assorbe tutte le possibili controversie tra Stato e cittadino, travolge i diritti soggettivi individuali, proclama l'assoluta ed inarrestabile prevalenza del potere. Sul tentativo del fascismo di accreditare Silvio Spaventa tra i suoi precursori intellettuali cfr. anche *retro* nota 41 cap. 3°/1^a pt..

traddittorie mediazioni, potranno continuare a coesistere all'interno di principi teorici sempre più depauperati di istanze garantiste, sempre più disponibili a qualsiasi alterazione del sistema costituzionale.

L'ordinamento della giustizia amministrativa avvolto nell'impermeabile tecnicità dei suoi profili dogmatici, nell'imperscrutabilità delle questioni del riparto, nella complessità degli aspetti processuali, può sottrarsi ai sussulti politico costituzionali, rinchiudersi nel suo guscio amministrativo, rimanere estraneo agli accorati e drammatici appelli contro le « distrutte guarentigie della libertà », contro i « cosiddetti ' diritti riflessi ' della dottrina imperiale germanica e dell'onorevole Rocco »⁽⁶⁰⁾ che pure salivano dallo stesso mondo giuridico e che, ancora due anni dopo l'asettica prolusione pisana di Guido Zanobini, Francesco Ruffini lanciava in un volume pubblicato nelle edizioni del vecchio discepolo Piero Gobetti e destinato a « diventare uno dei testi fondamentali dell'educazione antifascista »⁽⁶¹⁾.

La mancata adesione alle forme più autoritarie del regime, ai valori più macroscopicamente illiberali, il rifiuto di farsi apologeti delle nuove istituzioni, il tentativo di ricondurre il fascismo verso « una prassi di conservatorismo illuminato »⁽⁶²⁾, non possono tuttavia nascondere la povertà contenutistica dei modelli teorici affermati, l'intrinseco nominalismo dell'approdo italiano al principio di legalità amministrativa, apparentemente così agli antipodi della teoria della « libertà » dell'amministrazione, in realtà in stretta e precisa continuità con quel primato degli apparati che, di fronte alle sempre più evidenti trasformazioni dello Stato, i giuristi avevano proclamato già dalla fine degli anni '90 contro il precario, ma equilibrato rapporto tra centralità del Parlamento e dell'amministrazione che aveva animato il pensiero giuridico degli Spaventa e degli Orlando, degli Scialoja e dei Mortara.

La centralità del giudice amministrativo, la finalmente raggiunta « vastità di tale controllo », la definitiva giustificazione della sua necessità « in relazione all'aumento sempre crescente dei poteri

⁽⁶⁰⁾ F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Torino, 1926, pp. 56 e ss.; pp. 102 e ss..

⁽⁶¹⁾ BOBBIO, *Trent'anni di storia della cultura a Torino (1920-1950)*, Torino, 1977, pp. 27-8.

⁽⁶²⁾ GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, cit., p. 14.

discrezionali dell'amministrazione » (63), non possono rappresentare soltanto il punto di arrivo di una vicenda segnata esclusivamente dalla logica del riparto, dalle difficoltà interpretative e dalle perplessità esegetiche che un contraddittorio quadro normativo aveva necessariamente determinato: non è possibile dimenticare che questa centralità, costruita contro la centralità del giudice ordinario, contro il modello del diritto soggettivo, era maturata all'interno di un progetto autoritario di massimizzazione delle potestà amministrative, era divenuta il simbolo del conquistato primato degli apparati.

La precarietà dogmatica di istituti come l'interesse legittimo, il carattere pleonastico assunto dal principio di legalità amministrativa celano sostanziose linee di continuità, esprimono naturalmente anche contenuti garantisti, ma profondamente compromessi dalla specialità del potere, sintetizzano modelli amministrativi pericolosamente incentrati su un'autoritaria primazia degli apparati nel sistema politico costituzionale, affermano la tendenza espansiva della *Staatsgewalt*, la capacità di autolegittimazione della *Staatsregierung*: l'affrettato inserimento nella Costituzione del 1948 della nozione d'interesse legittimo non può non porre allora un preoccupato interrogativo sull'opportunità di quella recezione (64).

La povertà garantista dei principi affermati, la natura esclusivamente *rechtstheoretisch* dei costrutti elaborati confermano che questo modello di Stato di diritto « peut se concilier avec toutes les formes gouvernementales », che la scienza amministrativistica

(63) D'AMELIO - ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, cit., p. 184.

(64) Per l'inopportunità di tale recezione già il lucido giudizio di MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, cit., p. 37. Per una ricostruzione generale dei lavori della Costituente sull'ordinamento della pubblica amministrazione, cfr. E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in *Scelte della costituente e cultura giuridica*, tm. 2°, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980, pp. 225 e ss., mentre, sulla prudenza che già aveva caratterizzato le scelte della Commissione Forti in tema di giustizia amministrativa, si vedano le osservazioni di A. DI GIOVANNI, *La concezione dell'amministrazione nella prima commissione Forti*, in *Jus*, XXXI (1984), pp. 179-182.

italiana non era approdata nelle sue elaborazioni teoriche a quel tipo ideale di *État légal* che « constitue par lui-même une forme spéciale de gouvernement »⁽⁶⁵⁾: si può forse dire allora che con la conquistata legalità dell'azione amministrativa il formalismo aveva consumato la sua più significativa vittoria.

(65) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, vol. I, cit., p. 491. Non è possibile affrontare in questa sede il complesso rapporto tra *État de droit* ed *État légal* che caratterizza il pensiero giuridico di Carré de Malberg; rinviamo pertanto all'analisi di GALIZIA, *Il « positivisme juridique »*, cit., pp. 465 e ss..

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	<i>pag.</i> 1
-------------------------------	------------------

PARTE PRIMA

LA « GIUSTIZIA NELL'AMMINISTRAZIONE » FRA L'ETA' DELLA DESTRA E L'ETA' DELLA SINISTRA

<i>Capitolo primo. - Il sistema di giurisdizione unica nell'interpretazione della scienza giuridica: un sostanziale equilibrio tra potere amministrativo e libertà del cittadino.</i>	
1. Dalle aule parlamentari alle pagine dei giuristi	25
2. I conflitti di attribuzione: una verifica delle linee del sistema	45
3. Alla ricerca di nuovi equilibri tra diritto e interesse	57
<i>Capitolo secondo. - Tra dibattiti politici e nuovi modelli amministrativi: un giudice di pace per l'amministrazione italiana.</i>	
Premessa	71
1. Tra modelli « parlamentari » e modelli « amministrativi »	74
2. Una fonte privilegiata: il progetto di Rudolf von Gneist	86
3. Alle origini del « germanismo amministrativo »	100
<i>Capitolo terzo. - « Parlamentarismo » e giustizia amministrativa nel dibattito degli anni ottanta.</i>	
Premessa	111
1. « Germanismo amministrativo » e centralità del Parlamento: la proposta di Silvio Spaventa	115
2. Verso lo « Stato giuridico »: i « rimedi » al « governo di partito »	135
3. Giustizia amministrativa e primato dell'amministrazione	152

	<i>pag.</i>
Capitolo quarto. - <i>Le proposte dei giuristi tra suggestioni e modelli stranieri</i>	169
Capitolo quarto. - <i>Le proposte dei giuristi tra suggestioni e modelli inaugurale di Silvio Spaventa alla IV sezione del Consiglio di Stato.</i>	
Premessa	191
1. Le « ragioni » del legislatore	194
2. Tra potere discrezionale e giurisdizione a tipo oggettivo	203

PARTE SECONDA

LA SCIENZA GIURIDICA DI FRONTE
 ALLA LEGGE ISTITUTIVA DELLA IV SEZIONE
 DEL CONSIGLIO DI STATO

Capitolo primo. - <i>Incertezze interpretative e prime ipotesi ricostruttive.</i>	
1. Difficoltà esegetiche e perplessità definitorie	215
2. « Il principio organico del contenzioso amministrativo »	228
Capitolo secondo. - <i>La formazione di nuovi strumenti dogmatici.</i>	
1. I problemi del riparto: tra <i>petitum</i> e <i>causa petendi</i>	243
2. Dai problemi del riparto alla teoria del riparto: alle origini della nozione di interesse legittimo	268
Capitolo terzo. - <i>Verso le sintesi teoriche: alternative interpretative, potere discrezionale e « Stato giuridico » nel dibattito di fine secolo.</i>	
Premessa	281
1. Giustizia amministrativa e « Stato giuridico »: il modello orlandiano	285
2. Discrezionalità amministrativa e funzione giurisdizionale nel sistema di Lodovico Mortara	301
3. Potere discrezionale e nuovi modelli amministrativi nel dibattito di fine secolo	317

PARTE TERZA

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
NEL « SISTEMA » DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

	<i>pag.</i>
Capitolo primo. - <i>L'approdo alla teoria generale: l'autonomia della pubblica amministrazione nel sistema di Santi Romano.</i>	
Premessa	339
1. « Libertà » dell'amministrazione e specialità delle forme d'azione del potere pubblico	342
2. L'interesse legittimo nella teoria della « libertà » dell'amministrazione: da « espediente » esegetico a categoria fondamentale dei rapporti di diritto amministrativo	361
Capitolo secondo. - <i>Dal Commentario al Corso: il difficile equilibrio tra libertà e potere nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo.</i>	
Premessa	379
1. Aperture e contraddizioni di un modello amministrativo: libertà e autorità alla ricerca di una difficile sintesi	384
2. Il potere amministrativo rivendica la sua « specialità »	411
Capitolo terzo. - <i>Una rinnovata libertà dell'amministrazione: i Principii di Oreste Ranalletti.</i>	
1. La « libertà » dell'amministrazione verso nuovi fondamenti istituzionali	429
2. Alle origini della centralità del giudice amministrativo	445
Capitolo quarto. - <i>Alla ricerca di un principio di legalità dell'azione amministrativa</i>	457

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°,
p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°
p. 1200

Vol. 13 (1984) 8°, p. 782

Vol. 14 (1985) 8°, p. 646

Vol. 15 (1986) 8° (in preparazione)

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

**1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO
PRIVATO MODERNO**

Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972

Atti, a cura di Paolo Grossi

(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS

Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna

(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO

Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico

Vol. I: Da Hobbes a Bentham

(1974), 8°, p. XIII-414

- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA «CULTURA» DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204

- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483