

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

24



LUCA MANNORI

**UNO STATO
PER
ROMAGNOSI**

II

**LA SCOPERTA
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

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 VENTIQUATTRESIMO

LUCA MANNORI

UNO STATO PER ROMAGNOSI

II

LA SCOPERTA
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-01088-9

Tutte le copie devono recare il contrassegno della S.I.A.E.

© 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.

(1987) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PREFAZIONE

Questo volume, dedicato al contributo amministrativistico di Romagnosi, costituisce parte integrante e conclusiva di una più ampia ricerca sul pensiero giuspubblicistico dello stesso autore, di cui è già stata pubblicata, in questa collana e sotto il medesimo titolo, un primo saggio avente ad oggetto la dottrina giuspolitica e costituzionale. Per quanto le interconnessioni tra questi due 'livelli' della riflessione romagnosiana siano continue e profonde, mi sono sforzato di rendere autonomamente leggibile questa seconda parte del mio studio, nella convinzione che la specificità del tema amministrativo e delle sue problematiche consenta — ed in qualche misura, anzi, esiga — una considerazione autonoma dei prodotti intellettuali che ad esso si riferiscono. Nonostante questo impegno, non si è potuto fare a meno di dare per acquisiti alcuni risultati fondamentali della precedente indagine, né di rinviare ad essa ove indispensabile: me ne scuso con il lettore, il quale, comunque, non dovrebbe essere da ciò impedito a cogliere le linee essenziali del discorso che seguirà.

Molti tra i temi principali di questa monografia erano già stati da me anticipati nell'articolo *L'amministrazione nel pensiero di Gian Domenico Romagnosi*, apparso nell'opera collettanea *L'amministrazione nella storia moderna*, Archivio ISAP nuova serie, n. 3, Milano, 1985, vol. I, p. 667 ss. Approfondendo l'indagine, si è cercato di rendere più coerente il profilo intellettuale del personaggio, e di calarlo ancora meglio nella realtà istituzionale e dottrinale della sua epoca: il che ha comportato anche una parziale modifica di certe conclusioni che là si era creduto di poter anticipare. La ricostruzione resta comunque fedele, nella sostanza, alle indicazioni già fornite in questo precedente studio.

Infine, se licenziando il primo volume ho già ricordato alcune tra le persone che hanno contribuito a render possibile la mia ricerca

col loro consiglio e sostegno, mi corre ora l'obbligo di aggiungere ad esse il Professor Piero Aimò, che ha messo a mia disposizione la sua rara competenza di storico del contenzioso napoleonico, consentendomi, tra l'altro, di prender visione di un suo importante lavoro di prossima pubblicazione sul tema.

LUCA MANNORI

ABBREVIAZIONI DELLE OPERE ROMAGNOSIANE PIÙ FREQUENTEMENTE CITATE

Com'è noto, non esiste un'edizione critica generale delle opere di Romagnosi. Per la definizione dei criteri di scelta tra le varie edizioni disponibili, si rinvia alle considerazioni già svolte nell'Introduzione del nostro volume precedente, *Uno stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, 1984, p. 59 ss.

A) Edizioni a stampa.

- EP = G.D. ROMAGNOSI, *Opere*, tt. I-XIX, Firenze, Piatti, 1832-1839;
- EDG = G.D. ROMAGNOSI, *Opere*, voll. I-VIII, a cura di A. DE GIORGI, Milano, Perelli e Mamiani, 1841-48 (*rectius*, 1852);
- PFDA = *Istituzioni di diritto amministrativo*, t. I, *Principj fondamentali di diritto amministrativo*, Milano, Cesare Orena, 1814;
- APDN = *Assunto Primo della Scienza del Diritto Naturale*, EP, t. I;
- DPU = *Introduzione allo Studio del Diritto Pubblico Universale*, EP, t. II;
- ICF = *Istituzioni di Civile Filosofia, ossia di Giurisprudenza Teorica*, EP, t. XIX;
- MR = *Della costituzione di una Monarchia nazionale rappresentativa (La scienza delle costituzioni)*, edizione critica a cura di G. ASTUTI, Roma, Reale Accademia d'Italia, 1937;
- GGU = *Giornale di Giurisprudenza Universale*, tt. I-IX, Milano, Cesare Orena, 1811-1814.
- AUS = *Annali universali di Statistica, Economia Pubblica, Storia, Viaggi e Commercio*, Milano, Editore degli *Annali Universali delle Scienze e dell'Industria*, 1824 ss.;
- LEI = *Lettere edite ed inedite di Gian Domenico Romagnosi*, Raccolte e annotate da S. FERMI, Milano, Vallardi, 1935;

B) Fonti manoscritte.

- LDP = *Lezioni di Diritto Pubblico date nel corso privato di legge l'anno 1820*, Civica Biblioteca Angelo Mai, Bergamo, Colto n. 3, 1, sopra, 18, (n. 5).

CAPITOLO PRIMO

ROMAGNOSI 'AMMINISTRATIVISTA'

SOMMARIO: 1. Qualche avvertenza preliminare sul valore della locuzione 'diritto amministrativo' nell'ambito storiografico. — 2. (Segue): presupposti e condizioni per la configurabilità di un diritto amministrativo. — 3. I *Principj fondamentali di diritto amministrativo*: carattere composito della maggiore opera amministrativistica di Romagnosi e necessità di un'indagine sull'origine dei vari materiali in essa confluiti. — 4. Le lezioni milanesi: orientamenti e tendenze del magistero romagnosiano presso le Scuole Speciali. — 5. Lo studio della prima giurisprudenza amministrativa: il programma del *Giornale di Giurisprudenza Universale*. — 6. Alla caduta del Regno: i tentativi di compromesso e la redazione dei *Principj*.

1. Tra tutte le nuove categorie dogmatiche formalizzate dal pensiero giuridico nel corso del secolo passato, quella di 'diritto amministrativo' è ancora una delle più problematiche da definire storicamente. Le incertezze che da sempre hanno diviso i giuristi di diritto positivo e gli studiosi di teoria generale nel definire esattamente l'oggetto di questa branca giuridica, si riverberano ampiamente nell'ambito dei modelli storiografici che sono stati proposti per render conto delle sue origini e delle sue modalità di sviluppo. A chi si dedichi perciò, come noi, al tentativo di comprendere una dottrina d'inizio Ottocento autodefinentesi appunto come 'amministrativistica' incombe l'obbligo di spendere qualche parola sul significato che si sceglie di attribuire all'espressione stessa 'diritto amministrativo'; senza naturalmente pretendere con ciò di risolvere un problema su cui la dottrina si è a lungo affaticata, e che pare oggi più aperto che mai: da parte nostra si tratta solo di dichiarare al lettore, per chiarezza di discorso, a quale dei differenti inquadramenti storici di questa categoria normativa si è ritenuto op-

portuno accedere, onde evitare ogni equivoco sui risultati della ricerca.

È bene precisare innanzitutto, per quanto pleonastico possa ormai sembrare, che non si può più tener conto, ai fini di una corretta impostazione del problema, di quei vecchi contributi ottocenteschi in cui l'espressione 'diritto amministrativo' era disinvoltamente utilizzata per indicare una categoria normativa metastorica, reperibile negli ordinamenti di qualsiasi epoca, ancorché percepita nella sua autonoma specificità solo dalla dottrina del secolo scorso. La sua tardiva individuazione sarebbe dipesa dunque soltanto da una sorta di immaturità concettuale del pensiero giuridico. La storiografia ha respinto da gran tempo questa utilizzazione acritica della locuzione. Risulta infatti incongruo parlare di un diritto amministrativo prima ancora che inizi a consolidarsi, nel corso dei secoli XVII-XVIII, un'Amministrazione in senso soggettivo — cioè un apparato di governo unitario e centralizzato, strutturalmente autonomo dagli organi costituzionali, composto da professionali i quali non si configurino più come proprietari del loro ufficio a titolo privatistico: in una parola, di una burocrazia pubblica⁽¹⁾. Contrabbandare per 'diritto amministrativo', come a lungo è stato fatto, le norme che regolano la struttura di quegli apparati ausiliari del potere politico presenti in qualsiasi comunità giunta ad una minima soglia di sviluppo, sembra ormai inaccettabile: sia perché possono esistere apparati di questo tipo anche molto complessi rego-

⁽¹⁾ Cfr. soprattutto M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1965, vol. I, p. 22 ss.; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 4 ss. I politologi, beninteso, utilizzano una nozione infinitamente più ampia del concetto e riconoscono un'« amministrazione » in ogni gruppo di « aiutanti » comunque incaricato di eseguire gli ordini del vertice politico (così per tutti G.F. MIGLIO, *Premesse ad una metodologia della storia amministrativa*, in *Annali F.I.S.A.*, I (1964), p. 11 ss.). Tale asserto può sembrare in contrasto con quello sostenuto nel testo solo per povertà di vocabolario: giacché nel linguaggio giuridico otto-novecentesco viene designata come 'amministrazione' per antonomasia la sola *species* storicamente più recente dell'« amministrazione » in senso politologico (quella cioè in cui l'aiutantato degli organi costituzionali ha raggiunto, rispetto ad essi, caratteri di inedita stabilità ed autonomia organizzandosi nelle forme del potere burocratico, fino a conseguire una soggettività ben distinta da quella della struttura politica sotto il profilo sia sociologico che giuridico).

lati però dal diritto comune (si pensi agli ordinamenti di *common law*, quantomeno fino a qualche decennio fa), sia perché gli stessi giuristi continentali che dall'inizio dell'Ottocento hanno cominciato esplicitamente a parlare di un ' diritto amministrativo ' si sono sempre consapevolmente riferiti con ciò ad un caratteristico statuto giuridico speciale, regolante l'*attività* dei pubblici poteri rispetto agli amministrati, e non alle regole variamente concernenti l'organizzazione interna dei pubblici poteri stessi (2).

Prendendo atto più o meno implicitamente di queste osservazioni, la dottrina giuridica ha sviluppato una diversa ricostruzione, ancor oggi prevalente in Italia, che presenta il diritto amministrativo come un fenomeno tipicamente ottocentesco, originato dalla simbiosi tra la forte vocazione centralizzatrice tipica dello Stato continentale moderno e le nuove ideologie costituzionali di segno liberale garantistico che si affermano in Europa a partire dall' '89. Il modello che se ne ricava è fondato su di una scansione fortemente dialettica, che contrappone la volontà sregolata del monarca assoluto e dei suoi ausiliari al successivo equilibrio raggiunto nel corso dell'Ottocento, in cui l'introduzione della separazione dei poteri e del principio di legalità impone all'amministrazione il rispetto di norme precise.

Per la dottrina francese, il momento della nascita virtuale del diritto amministrativo è ovviamente riconosciuto nella crisi rivoluzionaria (3). In Germania e in Italia tale individuazione è invece più controversa: per un certo periodo, molti giuristi ritennero che

(2) Cfr. ad es. M.F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, 2^a ed., Paris, 1841-46, p. 99; L.M.A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, Paris, 1848, vol. III, p. 2, solo per citare due tra i primi trattati generali della materia; lo studio delle forme organizzative dell'amministrazione è considerato come una semplice « introduction » rispetto a quello delle « matières administratives », cioè delle norme regolanti i vari settori della funzione amministrativa.

(3) Cfr. esemplarmente M. HAURIU, *Droit administratif, ad vocem*, in *Répertoire de droit administratif* par L. BEQUET, t. XIV, Paris, 1897, pp. 18-28. Già la primissima dottrina amministrativistica ottocentesca, del resto, riconosce agli uomini della Costituente l'originaria paternità dell'idea di regolare « les rapports de chacun avec tous » tramite « des lois précises et des règles fixes » (CH. BONNIN, *Principes d'administration publique, pour servir à l'étude des lois administratives*, Paris, 1809, p. 9).

la presenza di un diritto amministrativo sul tipo di quello francese non fosse affatto una caratteristica necessaria di uno 'Stato di diritto' — al quale anzi più si addiceva usare fin dove possibile lo statuto privatistico comune a tutti i soggetti dell'ordinamento — (4). Solo con Otto Mayer, che tra tutti gli autori tedeschi sarà il più sensibile ai valori dell'esperienza francese, il termine *Rechtsstaat* si associa ad un ordinamento a diritto amministrativo ed a giudice amministrativo, in contrapposizione ad un *Polizeistaat* in cui per definizione il *Befehl* dello Stato è sottratto ad ogni apprezzamento di legalità e ad ogni sindacato (tale sarà appunto il significato che l'espressione 'Stato di diritto' assumerà nella nostra dottrina amministrativistica dalla fine del secolo fino ai giorni nostri) (5).

Al di là di queste differenti ombreggiature, resta per tutti asodato comunque che il diritto amministrativo è un fenomeno connesso all'avvento delle costituzioni in senso formale ed all'ideologia garantistica che le sorregge. I suoi contenuti normativi cominciano a precisarsi solo quando scatta l'esigenza di normativizzare l'esercizio del potere pubblico, onde proteggere i cittadini dagli abusi dei pubblici funzionari. Il fatto perciò che solo nei primi decenni dell'Ottocento si cominci a profilare una scienza amministrativistica

(4) Tale la posizione ufficiale dei sacerdoti della giuspubblicistica tedesca, da Laband a Jellinek, i quali contrasteranno infatti duramente l'affermazione della nuova ideologia panpubblicistica che attecchirà in Germania nell'ultima fase dell'Ottocento (cfr. sul punto M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trimestrale di diritto pubblico*, XXIII (1983), pp. 600-659). Da noi, un orientamento favorevole a contenere la 'specialità' del diritto amministrativo rispetto al diritto privato fu mantenuto a lungo, fino agli ultimi decenni del secolo, da parte di quella dottrina ancora fedele alla scelta ideologica postunitaria di abolire il contenzioso amministrativo: così tipicamente L. MEUCCI, nel suo fortunato manuale *Istituzioni di diritto amministrativo*, di cui si pubblicarono ben sei edizioni tra il 1879 e il 1909; ove si teorizza appunto che la maggior parte delle norme amministrative « non si differenziano nella sostanza dal diritto civile, anzi sono parte del diritto civile retamente e largamente inteso, né si distinguono dallo stesso diritto privato pe' loro fondamenti, ma nella loro applicazione » (qui dalla terza ed., Torino, 1892, p. 9).

(5) Cfr. per tutti G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, già in *Riv. di diritto pubblico*, XVI (1924), p. 381 ss., poi in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, in part. pp. 215-216, nonché ID., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958⁸, pp. 38-41.

è la prova di come in precedenza non esistesse alcuna branca giuridica sostanziale corrispondente.

Il difetto di questa prospettiva è stato in genere quello di un apriorismo eccessivo. I suoi sostenitori — che furono e sono per lo più giuristi di diritto positivo, molto sensibili ai valori di carattere formale — hanno sacrificato spesso alla coerenza del loro modello l'obbiettiva complessità della realtà storica.

Per reazione si è venuta così consolidando, soprattutto in Francia, una corrente storiografica che, riconosciuti in Tocqueville e in Daresté i propri classici, ha rilevato come quasi tutte le norme e le istituzioni compendiate dall'Ottocento entro la categoria del diritto amministrativo affondino le loro origini in un passato di antico regime talvolta anche molto remoto⁽⁶⁾. La conclusione a cui si giunge lavorando entro questa prospettiva a carattere empirico ed erudito è che i pubblici poteri hanno da sempre regolato i loro rapporti con i sudditi attraverso uno statuto speciale, diverso dal diritto privato quanto ai contenuti e alle procedure, ma non per questo meno specifico ed articolato dell'altro. Ciò che chiamiamo, perciò, diritto amministrativo non è altro che l'ultima e più riflessa manifestazione storica di una specialità giuridica in qualche modo congenita all'attività degli apparati pubblici: la coppia di concetti utile per inquadrare correttamente il fenomeno del diritto amministrativo non è più quindi costituita dalla contrapposizione classica autorità-libertà, ma da quella diritto comune-diritto speciale. Avallato dal ridimensionamento a cui la storiografia politica meno

(6) Nell'ambito degli studiosi contemporanei vanno ricordati soprattutto, come esponenti di questa corrente, Gabriel Le Bras (*Les origines canoniques du droit administratif français*, in AA.VV., *L'évolution du droit. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, p. 395 ss.), Pierre Legendre (*Stato e amministrazione in Francia. Storia dell'amministrazione in Francia dal 1750 al 1950*, trad. it. di M. GIGANTE, Milano, 1978 (1^a ed. francese Paris, 1968), Id., *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de science administrative*, Paris, 1966, pp. 1-80; Id., *La facture historique des systèmes*, *Revue internationale de droit comparé*, XCIV (1971), pp. 5-53; Id., *La royauté du droit administratif*, in *Revue historique de droit français et étranger*, numéro spécial (*La bureaucratie et le droit*), 1974, p. 140 ss.), e Jean Louis Mestre (*Un droit administratif à la fin de l'ancien régime: le contentieux des communautés de Provence*, Paris, 1976; Id., *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985).

antica ha sottoposto l'entità della 'rottura' provocata dalla Rivoluzione (7), questo modo di impostare il problema sta oggi guadagnando molto terreno, ed ha provocato una sensibile rinascita di interesse per il 'diritto amministrativo' degli ordinamenti d'antico regime (8).

La punta di insoddisfazione che questo indirizzo di ricerca lascia spesso nel giurista — in quanto tende ad eludere come un falso problema quello di una definizione globale, in termini storiografici, della categoria 'diritto amministrativo', limitandosi a focalizzare tutta la serie di puntuali continuità istituzionali e normative presenti dietro la realtà amministrativa ottocentesca — si trova compensata da un merito indiscutibile: quello cioè di aver sfatato definitivamente la superficiale opinione secondo la quale sarebbero stati i giuristi della Rivoluzione ad 'inventare' i contenuti del diritto amministrativo (9).

Acclarato infatti che certo non fu la svolta rivoluzionaria ad attribuire allo Stato la capacità di modificare unilateralmente la posizione dei sudditi prescindendo dal loro consenso — ché tale prerogativa, necessaria per la pensabilità stessa di un diritto amministrativo, dev' essere sicuramente considerata come una conquista dello Stato assoluto —; sembra altrettanto infondato pensare che la Rivoluzione abbia determinato la consapevole messa a punto di una nuova branca giuridica, destinata a regolare specificamente l'esercizio del potere burocratico. Tale obiettivo si pose alla coscienza dei rivoluzionari in modo relativamente generico. Per quanto animati da una forte vocazione garantistica, essi la sfogarono soprattutto sottraendo determinati beni della vita alla disponibilità

(7) Si ricordino per tutti le posizioni di F. FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, 1978 (poi anche in trad. it., *Critica della Rivoluzione francese*, Bari, 1980).

(8) Si cfr. ad es., tra le cose degli ultimi anni, il volume collettaneo *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1982, che si segnala per un agile taglio comparatistico.

(9) Per quanto criticamente sfumata, questa conclusione sembra ancora caratterizzare alcuni importanti contributi storiografici contemporanei, come quello di P. SANDEVOIR, *Études sur le contentieux de pleine juridiction*, Paris, 1964, al quale pure avremo occasione di richiamarci assai spesso nel corso della ricerca.

del potere amministrativo, attraverso la riserva di legge e la riserva di giurisdizione. Per il resto, l'esigenza di rendere responsabile lo Stato di fronte ai cittadini, pur acutamente avvertita dalla classe dirigente, si concretizzò soltanto entro ambiti specifici: dietro al programma di principio di introdurre finalmente « des lois précises et des formes déterminées » per regolare tutti i rapporti tra lo Stato e gli individui in materia di « impôt ou relativement à l'administration »⁽¹⁰⁾, troviamo progetti di riforma settoriali già impostati molti anni prima dal monarca assoluto (come quello di introdurre una normativa uniforme nell'ambito delle imposte dirette)⁽¹¹⁾, ovvero la riaffermazione solenne ed impegnativa di principi già ricevuti sotto l'antico regime, anche se poco scrupolosamente osservati (si pensi tipicamente al diritto all'indennizzo nelle espropriazioni per pubblica utilità, conclamato da tutta la dottrina fiscalistica del diritto comune). In definitiva, anzi, la differenza maggiore tra l'Amministrazione francese e quelle degli ordinamenti mitteleuropei più evoluti all'inizio dell'Ottocento non sembra consistere tanto in un maggior livello di garanzia consentito da essa quanto semmai in più ampia panoplia di privilegi a sua disposizione, in una più marcata specialità del suo statuto operativo, come conseguenza, in particolare, della sua sottrazione al sindacato del giudice ordinario.

Non così decisiva, dunque, sotto il profilo contenutistico come a lungo si è voluto pensare, la svolta rivoluzionaria fu fondamentale però nel creare la ' forma politica ' del nuovo diritto amministrativo, o meglio ancora nel promuovere le condizioni necessarie perché la dottrina di poco successiva la potesse mettere a fuoco. Oltre, e ben più che produrre nuovi materiali normativi, essa fornì soprattutto alla cultura giuridica ottocentesca la motivazione per una risistemazione concettuale di tutti quelli preesistenti entro un contesto dogmatico originale rispetto alla tradizione dell'antico regime, ed immediatamente capace di produrre nuovo diritto.

(10) Così Thouret nel suo celebre discorso del 22 dicembre 1789, in cui per la prima volta, presentando il nuovo disegno dell'organizzazione municipale, si parlò di istituire un tribunale speciale competente a conoscere di tutte le controversie amministrative (*Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. X, p. 718).

(11) Cfr. infatti O. MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1951, p. 588.

È dunque in tale prospettiva che sembra possibile impostare correttamente il problema delle 'continuità' e delle 'rotture' nella formazione storica del diritto amministrativo: distinguendo, cioè, l'insieme delle condizioni istituzionali che consentono di 'pensare' un diritto amministrativo dalla presa di coscienza specifica con cui la cultura giuridica ne 'scopre' appunto l'essenza concettuale, erigendolo in branca giuridica autonoma⁽¹²⁾.

2. In un suo noto ed importante saggio, Massimo Severo Giannini propose di qualificare come ordinamenti 'a diritto amministrativo' tutti quelli in cui si rinvenissero un presupposto (esistenza di una separazione dei poteri nello Stato) e due condizioni (esistenza di norme amministrative proprie; coordinamento di quelle norme in un sistema fondato su principii autonomi rispetto al diritto comune)⁽¹³⁾. Tale schema definitorio sembra ancor oggi il più preciso a disposizione dello storico del diritto, e può essere utilizzato con l'accortezza di qualche precisazione e rettifica.

In primo luogo, l'espressione 'separazione dei poteri' non deve essere qui assunta ad indicare una forma di governo caratterizzata da una pluralità di centri di decisionalità politica relativamente indipendenti tra loro; bensì un regime in cui si è sviluppato un apparato burocratico-esecutivo autonomo rispetto al potere giudiziario. Come vedremo meglio nel capitolo II, è del tutto influente ai nostri fini che tale apparato dipenda da un organo di vertice che assume su di sé in via esclusiva anche il potere normativo supremo ed il controllo sui giudici (basti solo pensare, per ora,

⁽¹²⁾ Posto che in linea generale, per poter affermare come esistente una qualsiasi branca giuridica, sembra indefettibilmente necessario che vi sia una cultura giuridica capace di pensarla come tale; il caso del diritto amministrativo, per propria natura materialmente disorganico e refrattario ad ogni tentativo codificatorio, offre una riprova esemplare di questo principio, venendo a costituire un terreno d'osservazione assai interessante per gli epistemologi (cfr. da ultimo CH. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, 1985, pp. 19-20 e 49 ss.).

⁽¹³⁾ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, già in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), p. 179 ss.

che una dottrina amministrativistica autoconsapevole comincerà a svilupparsi proprio nell'ambito di ordinamenti sostanzialmente monarchici, come quelli dell'epoca napoleonica). Una ' separazione dei poteri ' del tipo descritto si può dunque sicuramente rinvenire anche nell'ambito degli ordinamenti assolutistici più evoluti del Settecento, i quali pure non conoscono alcuna separazione a carattere politico del potere di vertice ⁽¹⁴⁾.

In secondo luogo, occorre precisare che cosa si intende per ' norme amministrative '. Se con tale espressione si intendesse in maniera generica ogni norma esulante dal diritto privato comune, ovvero dal diritto oggettivo di fonte pre-statuale, dovremmo concludere che di norme siffatte ne esistono certamente moltissime negli ordinamenti d'antico regime: tali sono infatti tutte quelle dettate dal principe o da altri magistrati per disciplinare variamente l'attività dei sudditi in relazione al pubblico interesse, assai numerose in tutti gli ambiti della vita associata. Si noti però che norme di questo tipo preesistono abbondantemente all'affermazione storica di un'Amministrazione in senso soggettivo, ed accettano anzi senza fatica di essere applicate attraverso una tecnica di tipo giurisdizionale, come, anche qui, verificheremo più oltre. Per ' norma amministrativa ' si deve perciò assumere qualcosa di più circoscritto e di più tecnico: una norma, cioè, che si rivolge all'organo amministrativo conferendogli il potere di disporre unilateralmente dei beni della vita dell'amministrato in costanza di determinate condizioni e per una finalità di pubblico interesse.

L'esistenza di norme di questo tipo è già certamente rilevabile nell'ambito degli ordinamenti continentali più evoluti dell'antico regime, i quali proprio in questo si sono venuti differenziando dai sistemi anglosassoni, ove la burocrazia pubblica, nella misura in cui esiste, continua ad essere soggetta alla *common law*. Ma ciò che ancora manca fino alla fine del Settecento è la capacità, da parte del pensiero giuridico, di percepire la specificità di questa classe di norme fino a raccordarle in un sistema unitario, che abbia come

⁽¹⁴⁾ Sul punto cfr. ora G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, 1984, cap. I, che parla appunto di una « separazione razionale », e non politica, del potere nello Stato assoluto.

proprio comun denominatore il concetto di pubblica amministrazione. Le pur grandi ed ambiziose sistematizzazioni sei-settecentesche del diritto pubblico trascelgono il loro materiale normativo sulla base del semplice fatto che esso si fonda sulla *voluntas principis*, e non sull'immemorabile, come il diritto dei privati⁽¹⁵⁾, per ordinarlo poi attorno ai vari tipi di interesse pubblico alla cui realizzazione ciascuna norma è finalizzata⁽¹⁶⁾: il che consente di rinviare *sine die* il problema di una ridefinizione delle funzioni pubbliche, lasciando ancora in piedi, nella sua essenza, il vecchio schema dello Stato giurisdizionale. Pur spettatori del lungo e tormentoso processo di consolidazione della nuova burocrazia professionale moderna, i giuristi del secolo XVIII riuscirono ad intravedere appena il profilo del nuovo modello funzionale di potere che la storia stava elaborando. Soltanto dopo che la Rivoluzione ebbe smantellato definitivamente il vecchio sistema di governo 'per giudici' prese così inizio l'opera di costruzione del nuovo sistema.

(15) La più rigorosa enunciazione di questo distinguo risale com'è noto all'opera di Domat, che nel dualismo tra *droit civil* e *droit public* anticipa già la separazione tra la società civile e lo Stato. Il *Droit public* domatiano, tuttavia, non è affatto ancora quello che disciplina il rapporto tra lo Stato — in quanto persona dotata di una certa capacità — ed i suoi sudditi, ma quello che disciplina i diritti e i doveri relativi alla titolarità di determinati *status* sociali, in contrapposizione ad un diritto privato — quello delle *Loix civiles* — che disciplina invece i diritti e i doveri dell'uomo come soggetto 'universale', cioè come componente di un nucleo familiare e come contraente (G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione*, Bologna, 1976, p. 170). Il fatto poi che l'articolazione di questi *status* non segua più i criteri tradizionali del cosmo d'antico regime, ma si modelli su uno schema di stratificazione sociale in cui un primato indiscusso è assegnato alle funzioni d'ordine *lato sensu* pubblico-amministrativo (R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, t. I, Paris, 1974, p. 33 ss.), non può cancellare evidentemente l'enorme iato che separa l'ideologia di Domat da quella destinata a fondare il diritto amministrativo ottocentesco.

(16) Il profilo generico della finalità della norma (pace, benessere, ordine sociale) è l'unico elemento concettuale di coesione di quel confuso magma normativo che va sotto il nome di « *droit de police* », senza che i giuristi specializzati in questo genere di compilazioni si impegnino a raccogliergli i contenuti attorno a precisi moduli funzionali: su questo tema ci soffermeremo più specificamente nel corso del secondo capitolo.

Tale lavoro, a cui la cultura giuridica mitteleuropea porrà mano solamente nella seconda metà del secolo, sotto l'influsso determinante dell'esperienza francese, muoverà i primi passi in Francia già a partire dalla prima decade dell'Ottocento, attraversando quindi tre fasi fondamentali: una prima, che si protrarrà fin verso gli anni Quaranta-Cinquanta, e che sarà dedicata alla classificazione del materiale normativo; una seconda, che coincide grosso modo con il Secondo Impero, in cui il sistema comincia a delinearci compiutamente; ed una terza, che sviluppandosi negli ultimi decenni del secolo e prolungandosi nella prima metà del Novecento, proporrà finalmente l'idea di un diritto amministrativo come statuto ' completo ' della pubblica amministrazione, contenente cioè una tale gamma di strumenti giuridici speciali da soddisfare ogni esigenza negoziale dello Stato; il quale ultimo risulterà così completamente affrancato dalla soggezione al diritto dei privati ⁽¹⁷⁾.

Possiamo a questo punto scegliere di definire come ' diritto amministrativo ' tutto quanto il prodotto della dottrina amministrativistica ottocentesca — secondo l'indicazione in genere prevalente —; o viceversa limitare tale qualifica alla seconda o anche all'ultima fase di sviluppo (il cui inizio, nell'esperienza francese, viene tradizionalmente fissato nella vera o presunta svolta giurisprudenziale del 1873), ritenendo i primordi della dottrina ancora troppo legati alla tradizione repertoristica d'antico regime; oppure infine, traendo insegnamento dalla crisi a cui è andata incontro l'ideologia panpubblicistica di fine Ottocento nel corso degli ultimi cinquant'anni ⁽¹⁸⁾, rinunciare a configurare la storia del diritto amministrativo come un fenomeno unitario ed omogeneo, dotato di una direzione evolutiva ben definita, ed ammettere semplicemente che dalle origini stesse dello Stato moderno le norme regolatrici della

⁽¹⁷⁾ Per una periodizzazione delle varie fasi di sviluppo della scienza amministrativistica cfr. P. LEGENDRE, *Evolution des systèmes d'administration et histoire des idées*, in *Annali F.I.S.A.*, III (1966), p. 254 ss.

⁽¹⁸⁾ Sulla quale, cfr. per tutti le pagine di non superata chiarezza lasciate da CH. EISENMANN, *Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle)*, in *Revue de droit public*, LVIII (1952), p. 922 ss.; ID., *Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif*, in AA.VV., *Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1969, t. IV, pp. 419-438.

burocrazia pubblica sono state di volta in volta ricomposte in contesti sempre nuovi, destinati a succedersi con notevole rapidità. Tutto considerato, a noi pare che il diritto amministrativo ottocentesco possa essere considerato come un fenomeno fondamentale omogeneo, reso coerente rispetto alla dogmatica d'antico regime dalla centralità che in esso assume il concetto di pubblica amministrazione e di atto amministrativo.

Con ciò, è bene subito rimarcare come la comparsa e la rapida diffusione, all'inizio dell'Ottocento, del lessema 'diritto amministrativo' non deve far presupporre in alcun modo che dietro ad esso vi fosse già, nella coscienza della dottrina, un sistema ben articolato di istituti originali, come quello che emerge da un qualsiasi trattato di fine secolo. Non 'programmato' dai padri fondatori dello Stato liberale moderno, il diritto amministrativo rivelerà soltanto poco a poco la trama dei suoi rapporti. Ed in particolare la primissima fase della sua elaborazione dottrinale è interamente assorbita dalla messa a fuoco di alcuni concetti-cardine, necessari per costruire il grande, futuro edificio: amministrazione, separazione dei poteri, atto amministrativo, giustizia amministrativa.

Ad ognuno di questi temi fondamentali è dedicato uno dei successivi capitoli del presente studio sul pensiero amministrativistico romagnosiano — ad eccezione di questo primo, in cui si richiameranno brevemente i momenti della biografia intellettuale del Nostro che sono sembrati più utili per inquadrare correttamente il suo contributo in questo settore —. Tale partizione sistematica — si badi — è interamente frutto della nostra ricostruzione critica, e corrisponde al tipo di 'domande' che abbiamo ritenuto opportuno rivolgere a Romagnosi. Inutile sarebbe cercare, nella confusa congerie dei suoi scritti in materia — molti dei quali dettati nel vivo di un confronto diretto con la prassi giurisprudenziale del suo tempo — una articolazione così precisa e 'moderna'. Il pensiero romagnosiano, in realtà, collocandosi agli albori della dottrina amministrativistica, appare senz'altro immaturo per uno sforzo sistematico concreto, ed anzi risulta spesso contraddittorio, disseminato di lacune inspiegabili, pieno di interrogativi senza risposta.

Resta il fatto che ci troviamo di fronte ad uno dei primissimi giuristi che si siano dedicati *consapevolmente* allo studio della nuova branca giuridica. « Vero è — ha lasciato scritto il Nostro nelle

pagine introduttive della sua opera maggiore — che esistono autori i quali hanno trattato della pubblica amministrazione; ma essi o ne trattarono da meri filosofi, o da materialissimi compilatori. Niuno mi venne fatto di rinvenirne che ne abbia trattato nel modo che conviene alle buone istituzioni, nelle quali la ragion filosofica subordinata all'autorità positiva faccia sì che la teoria riesca fonte e supplimento della legislazione positiva»⁽¹⁹⁾. Forte di questa non illusoria consapevolezza, Romagnosi pubblicò una breve monografia sull'argomento, fregiandone il titolo (salvo errore, per primo in Europa) con la locuzione «Istituzioni di diritto amministrativo», in cui viene consacrata ufficialmente la scoperta di una nuova categoria giuridica ed insieme la nascita di una nuova branca della scienza del diritto. Certamente, un piccolo colpo di genio: che se da un lato gli ha giovato la palma troppo sbrigativa di indiscusso padre fondatore da parte dei soliti cacciatori di primati⁽²⁰⁾, rappresenta pur sempre un'intuizione storica di grande valore e di sorprendente lungimiranza.

3. Diciamo subito, tuttavia, che, a dispetto della smagliante novità del loro titolo, queste *Istituzioni* pubblicate a Milano nel 1814 costituiscono forse, tra tutti i molteplici contributi dedicati da Romagnosi ai più diversi campi dello scibile, il suo prodotto più controverso ed oscuro.

In primo luogo, infatti, delle due parti dell'opera annunciate dall'autore — l'una dedicata ai principii generali, l'altra alle «istituzioni particolari amministrative» — fu solo la prima a vedere la luce, sotto il titolo di «Principj fondamentali di diritto amministrativo»: il secondo tomo non fu mai pubblicato, tanto che nelle successive edizioni del volume, soppresso il titolo complessivo originario, verrà conservato sul frontespizio il solo antico sottotitolo del primo tomo, col quale l'opera è generalmente conosciuta e citata anche ai giorni nostri — abitudine che seguiremo anche nel

⁽¹⁹⁾ PFDA, *Ragione dell'opera*, p. XI.

⁽²⁰⁾ Si veda per es. L. MAGNOLI, *Gian Domenico Romagnosi iniziatore della scienza del diritto amministrativo in Italia*, in *Atti del convegno di studi in onore di G.D. Romagnosi nel bicentenario della nascita*, numero monografico di *Studi parmensi*, X (1961), p. 401 ss.

presente saggio, in quanto più aderente al contenuto effettivo del libro —. Già questa incompiutezza complica di molto l'opera dell'interprete, il quale non ha la possibilità di verificare sul piano del diritto applicato l'utilizzazione ed il significato esatto delle categorie generali formulate da Romagnosi. Un grosso limite, se si considera soprattutto che il trattatello, contrariamente alle sue invitanti enunciazioni programmatiche, è ben lontano dall'offrire una prospettazione organica e ben ordinata di norme e di istituti.

Le prime pagine, in effetti, presentano un aspetto abbastanza incoraggiante, col loro tentativo di definire esattamente la parola « amministrazione » e di fissare qualche altro concetto-base (« competenza », « cosa pubblica », podestà »), pur senza inserirli in un quadro unitario ben strutturato. Le vere difficoltà cominciano nel superare le colonne d'Ercole del libro I (una ventina di pagine circa); il libro II è infatti interamente dedicato alla teoria delle prove, ed accoglie una serie di disquisizioni che farebbero certamente la loro figura in un trattato giusprocessualistico, ma di cui sfugge il nesso col diritto dell'amministrazione⁽²¹⁾. Il terzo libro (intitolato *Dell'amministrazione pubblica come soggetto di queste istituzioni*) riapre qualche spiraglio: messe da parte le divagazioni, l'autore sembra deciso a entrare finalmente nel merito. In realtà, però, agli occhi del lettore odierno il contenuto appare estremamente aspecifico: si tratta infatti di una panoramica generalissima sulle varie funzioni dello Stato, ordinata secondo uno schema classificatorio molto complesso e difficile da ricostruire con esattezza. Non più incoraggiante il quarto libro — che è il più lungo del volume —, nel suo riproporre quella « scienza dell'economia pubblica » dal vago sapore fisiocratico di cui Romagnosi ha riempito tante sue pagine, sia antecedenti⁽²²⁾ che successive ai *Principj*⁽²³⁾.

(21) L'attenzione per il diritto probatorio, come tecnica di quella « verità estrinseca » che si pone come « la sola osservabile in natura », costituisce una costante nell'ambito della produzione romagnosiana, fino alle opere più tarde: è probabile che questo secondo libro, in particolare, costituisca una rielaborazione di appunti relativi alla cattedra pavese di diritto civile coperta da Romagnosi prima della sua chiamata a Milano.

(22) Cfr. d es. DPU, pp. 366-471.

(23) Si pensi al contenuto di alcuni tra gli articoli economici pubblicati sugli AUS nel periodo 1827-30, poi raccolti nel vol. X della edizione fiorentina delle *Opere*.

Quelli, invece, che nella seconda edizione dei *Principj* del 1832, ed in tutte le altre che la prenderanno a modello, compaiono come gli ultimi due libri dell'opera, nonché le pagine rubricate come *Appendice* che ad essi fanno seguito, si segnalano, sì, finalmente per un loro indubbio sigillo tecnico-giuridico (il loro tema centrale è costituito dal tentativo di mettere a fuoco un soddisfacente criterio di riparto per distinguere in giurisprudenza le attribuzioni dell'autorità giudiziaria da quelle dell'autorità amministrativa); se nonch , il discorso teorico ivi contenuto riesce quanto mai scoordinato ed oscuro, disseminato di misteriose ripetizioni testuali, e corredato da rinvii e riferimenti scarsamente comprensibili (24).

Il risultato ha un po' il sapore dell'enigma: tanto che vien fatto di chiedersi che cosa veramente vi leggessero i giuristi dell'Ottocento, tra i quali pure, com'  noto, il testo dei *Principj* si segnalò a lungo come un punto di riferimento assai autorevole, quantomeno fino alla ' svolta ' orlandiana (25).

Non essendo qui possibile ripercorrere gli itinerari di questa fortuna nell'ambito della nostra scienza amministrativistica, ci limiteremo a ricordare invece le valutazioni ancora sfumate e prudenti — pur nell'ambito di un indiscutibile apprezzamento globale — che la storiografia ha riservato ai *Principj*: da un lato rubricandone ora il contenuto pi  sotto l'etichetta di quella che suc-

(24) Un esempio per tutti: la celebre definizione di « pubblica amministrazione » che apre il primo libro del volume viene poi riproposta in veste quasi identica all'inizio del V, come se si trattasse di un concetto inedito, senza che l'autore si dia la pena di giustificare la ripetizione.

(25) Il plauso della prima dottrina ottocentesca italiana nei confronti dell'opera romagnosiana — il cui coraggioso taglio ragionato fu spesso enfatizzato rispetto alla impostazione prevalentemente esegetica della dottrina francese dei primi decenni del secolo —   troppo noto per dover essere ancora ricordato. Tuttavia bisogna anche riconoscere che gi  alcuni preorlandiani venavano la loro ammirazione di riserve non indifferenti (cfr. ad es. G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1876-1881, vol. I, p. 90, che rimprovera a Romagnosi la continua commistione di materie non giuridiche e lo scarso rigore sistematico); mentre anche un ' romagnosiano ' entusiasta come il Lione, professore di diritto amministrativo nella Torino preunitaria, non poteva fare a meno di enumerare una congrua serie di difetti che inficiavano il valore dei *Principj* proprio nel momento in cui ne curava una nuova edizione, nel 1853.

cessivamente sarà chiamata scienza dell'amministrazione che non sotto l'altra, prescelta dall'autore stesso, di diritto amministrativo⁽²⁶⁾; dall'altro, in tempi più recenti di reazione antidogmatica, sottolineando come l'opera sia tutta protesa a realizzare un suo delicato equilibrio tra tecnicismo giuridico ed impegno riformatore⁽²⁷⁾. Osservazioni pertinenti, ma che lasciano ancora irrisolta la questione di fondo, quella di una localizzazione precisa di ciò che Romagnosi intendesse per diritto amministrativo.

In realtà, finché si limiti l'indagine al testo dei *Principj*, l'interprete davvero onesto finirà fatalmente per trovarsi combattuto tra l'esigenza di riconoscere i limiti pesanti che l'opera rivela sul piano della chiarezza e della struttura sistematica, ed il timore reverenziale verso di essa indotto dall'ossequio pressoché unanime della cultura amministrativistica ottocentesca, che nelle pagine di questo contributo riconobbe il volto di una nuova disciplina giuridica.

Beninteso: è indubbio che dalla prosa romagnosiana, per quanto ricca di zone d'ombra, emerge pur sempre con forza una personalità capace di indicare prospettive stimolanti e di far balenar intuizioni profonde: il che, però, non fa che aumentare i rischi da cui il lettore deve guardarsi, giacché molto forte diventa la tentazione di 'pescare' dal mucchio qualche dettaglio ingegnoso o qualche spunto 'moderno', accantonando la responsabilità di una vera comprensione storiografica.

⁽²⁶⁾ Così a suo tempo L. RAVA, *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo recente sviluppo*, Bologna, 1898, p. 18 ss.

⁽²⁷⁾ In tal senso F. BENVENUTI, *Mito e realtà dell'ordinamento amministrativo*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi di unificazione*, Vicenza, 1962, pp. 104-105. Non molti gli altri contributi storiografici utili ai fini di una ricostruzione del Romagnosi amministrativista; tra la letteratura più antica vale la pena di ricordare i due opuscoli di G. TOMMASINI, *La nozione del diritto amministrativo nell'opera di G. D. Romagnosi (in relazione a vecchie e nuove censure)*, Parma, 1892, e dello stesso, *Il concetto della giustizia amministrativa in G. D. Romagnosi*, Parma, 1901; cfr. anche A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, pp. 281-285. In tempi più recenti, sono da segnalare G. ASTUTI, *Il regime giuridico delle acque nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in *Atti del convegno di studi in onore di G. D. Romagnosi*, cit., p. 298 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pp. 9-13.

L'unico modo per offrire una lettura credibile sembra quello di individuare nello stesso sostrato preparatorio dell'opera le indicazioni per abbozzare un'interpretazione, e quindi porci con un minimo di consapevolezza i già accennati interrogativi circa l'emersione della nuova categoria del diritto amministrativo.

4. I *Principj fondamentali* sono in realtà il frutto del 'montaggio' di un materiale letterario per così dire di duplice qualità e provenienza, all'elaborazione del quale Romagnosi ha atteso nel corso degli anni immediatamente precedenti al 1814.

Si tratta, da un lato, dei corsi che il nostro autore aveva tenuto dalla cattedra di Alta legislazione, da lui coperta a Milano a partire dal 1809; e, dall'altro, di una parte di quelle osservazioni giurisprudenziali che era venuto stilando periodicamente, nell'arco di circa tre anni, per il *Giornale di Giurisprudenza Universale*, la rivista semi-ufficiale di cui fu il principale estensore a cominciare dal 1811 fino alla caduta del Regno. Conviene dunque considerare separatamente queste due esperienze intellettuali, pur avvertendo già da ora che risulta impossibile scorporarle totalmente e che, più ancora, l'autore stesso sembra avvertirne la stretta complementarità, travasando frequentemente dall'una nell'altra idee e risultati.

Iniziamo dal magistero milanese. Stando alle date della biografia romagnosiana, esso ha inizio nel gennaio del 1809, con il decreto che gli assegna la cattedra di « Alta legislazione civile e criminale nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione » presso quelle neo-istituite Scuole speciali di Milano che hanno preso anche fisicamente il posto delle antiche Scuole Palatine della Lombardia austriaca, insediandosi nel palazzo di Piazza dei Mercanti che per tanto tempo aveva ospitato queste ultime⁽²⁸⁾.

In un certo senso, però, la storia dell'insegnamento milanese può e deve essere retrodatata idealmente di circa un paio d'anni, da quando, cioè, il nostro autore si è applicato allo studio di una

(28) Dalla fine del '14, su richiesta di Romagnosi stesso, le Scuole saranno trasferite nel più comodo edificio di Brera. Sulle Scuole speciali cfr. le pur abbastanza generiche pagine di M. ROBERTI, *Milano capitale napoleonica. La nascita di uno Stato moderno*, Roma, 1947, vol. III, pp. 333-334.

riforma dell'istruzione giuridica per il Regno d'Italia. La nuova cattedra di Alta Legislazione, infatti, non è altro che il frutto di un suo impegno progettuale risalente almeno al 1807, all'anno cioè in cui viene dato alle stampe il suo *Saggio filosofico-politico sopra l'istruzione pubblica legale* ⁽²⁹⁾, ed è da lui completato quel correlativo *Piano degli studi politico-legali* che dovrebbe servire come traccia per la programmata riforma dell'insegnamento universitario ⁽³⁰⁾.

Il disegno proposto da Romagnosi in quella occasione non risultava nel suo complesso particolarmente originale. Esso era infatti esemplato abbastanza fedelmente sullo schema d'insegnamento giuridico superiore attuato dal legislatore francese nel 1804 ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ *Saggio filosofico-politico sopra l'istruzione pubblica legale*, Milano, Giuseppe Marelli, 1807. Si tratta di un'opera di notevole interesse, protesa a trasferire sul terreno dell'istruzione giuridica gli indirizzi e le tecniche che la cultura *idéologique* è venuta elaborando per gli insegnamenti scientifici e sociali in genere. Lo scopo che Romagnosi si propone è quello di modellare, attraverso un ideale metodo educativo, una figura di giurista completamente nuova, monda da tutti gli storici vizi che avevano caratterizzato il ceto legale sotto l'antico regime, ed al tempo stesso ricondotta più che mai in una posizione di centralità politica e culturale nell'ambito dello Stato nuovo.

⁽³⁰⁾ Il *Piano* — che Romagnosi porta a termine alla fine dell'ottobre del 1807, come risulta da una lettera indirizzata all'amico Bramieri (R. GHIRINGHELI-F. INVERNICI, *Per conoscere Romagnosi*, Milano 1982, p. 47) — non è altro che il testo di un progetto legislativo della cui redazione il nostro autore era stato incaricato dal Ministro della giustizia del Regno, Giuseppe Luosi, suo estimatore e protettore. Numerose copie di questo lungo ed articolatissimo documento — alcune delle quali stampate su mezza colonna, nella forma grafica tipica dei progetti di legge — sono conservate presso l'Archivio di Stato di Milano, *Studi, PM*, cart. 684, sotto il titolo di *Progetto di regolamento degli studj politico-legali del Regno d'Italia*. Con questa intitolazione esso sarà poi pubblicato in EP, t. IV, pp. 267-318, e nelle successive edizioni generali degli scritti romagnosiani. Gli appunti relativi alla elaborazione del progetto, già appartenuti a Giuseppe Sacchi, sono ora conservati alla Biblioteca di Brera, nella cartella AF.XV.13, n. 2.

⁽³¹⁾ Ovvero sulla legge 22 ventoso a. XII — integrata dal correlativo regolamento 4° complementare anno XII —, istitutiva delle *Écoles de droit*; su di essa cfr. J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1951, p. 650 e S. MORAVIA, *Il tramonto dell'illuminismo*, Bari, 1968, p. 370 ss., che offre un'ampia panoramica del retroterra culturale

Come nel modello d'oltralpe, Romagnosi prevede che il laureato, esaurito il corso triennale, possa aspirare ad un titolo ulteriore — quello che in Francia è il *doctorat* —; con la differenza, però, — l'unica veramente rilevante rispetto alla legge 22 ventoso — che tale titolo non si consegue replicando per un altro anno, con programmi particolari, le materie già previste nel piano di studi dei primi tre, bensì frequentando una scuola superiore distinta dall'Università e collocata nella capitale; in cui vengono impartiti insegnamenti nuovi ed aggiuntivi: indicati, nel progetto originario con le qualifiche di « Legislazione », « Amministrazione interna », « Diplomazia »⁽³²⁾. In Francia, la materia accademica progenitrice del futuro diritto amministrativo — il « *Droit civil dans ses rapports avec l'administration publique* » — è compresa nel corso ordinario degli studi dell'ultimo anno, mentre Romagnosi non include alcun insegnamento del genere nell'ambito del *curriculum* universitario vero e proprio⁽³³⁾.

su cui matura la riforma. Il progetto romagnosiano, pur ricco di un'enorme quantità di dettagli normativi — consegnati ai suoi ben 198 articoli — nelle sue linee generali non si discosta gran che neppure dall'ordinamento già vigente nel Regno (ROBERTI, *Milano capitale*, cit., vol. III, p. 333); la struttura del corso di studi, infatti, resta inalterata, nel prevedere un esame al termine di ognuno dei suoi tre anni, attraverso il quale si possono conseguire tre titoli di studio distinti — corrispondenti al *certificat de capacité*, al *baccalaureat* ed alla *licence* francesi —, abilitanti a diverse attività legali: il « progresso », conseguibile alla fine del primo anno, abilita al notariato, il baccellato conseguibile alla fine del secondo anno a svolgere le funzioni di cancelliere o di giudice di pace, la laurea invece legittima all'insegnamento accademico ed alle magistrature giudiziarie.

(32) Art. 6 del *Progetto*, cit. In realtà, il Regolamento non contiene poi altri riferimenti a questo insegnamento di livello superiore, né precisa quali siano le attività a cui esso può abilitare. Tali elementi sono invece forniti dalla corrispondenza tra Romagnosi e Luosi, ed in particolare dalla minuta di una lettera non datata, di pugno del nostro autore, che Stefano Fermi — curatore del più completo epistolario romagnosiano oggi disponibile — colloca nell'ottobre del 1807. La lettera, conservata in ASMi, *Autografi di uomini celebri*, cart. 181, si può ora leggere in LEI, pp. 110-112.

(33) Eccezione fatta per la « polizia municipale », che comunque resta una umile disciplina esetica dei compiti delegati per legge alle autorità municipali in materia di « interna sicurezza pubblica ».

Questa scelta di giubilare gli studi sull'amministrazione nei corsi di una scuola di perfezionamento post-universitario acquista un suo più preciso significato quando si ricordi che nelle intenzioni originarie di Romagnosi il titolo di studio rilasciato dalle Scuole speciali non avrebbe affatto dovuto limitarsi ad abilitare all'insegnamento universitario, come appunto il *doctorat* francese⁽³⁴⁾, ma essere richiesto invece per ottenere la nomina a « Ministro, Consigliere di Stato, Inviato all'estero, Membro del Tribunale di Cassazione, Prefetto, Presidente o Regio Procuratore in un Tribunale, Segretario generale presso un Ministero »⁽³⁵⁾. Le nuove Scuole, insomma, a differenza delle loro omonime francesi, non avrebbero dovuto servire a reclutare i quadri di base della burocrazia — a fornire i quali pareva sufficiente l'Università —, ma ad arruolare con analoghi metodi l'*élite* della classe dirigente, di cui sarebbero state il grande vivaio⁽³⁶⁾.

Dietro al progetto si delinea immediatamente una delle idee-forza del pensiero romagnosiano: quella di formalizzare l'osmosi tra ruolo politico e ruolo tecnico-burocratico, cominciando appunto col prevedere un'istruzione giuridica *ad hoc* legalmente riconosciuta. Si sarebbe così realizzata la prima condizione verso quella professionalizzazione delle funzioni costituzionali che anni dopo, nel testo

(34) Cfr. legge 22 ventoso, cit., art. 25. Nel progetto originario di Romagnosi, invece, pare che per l'abilitazione all'insegnamento universitario dovesse essere sufficiente la laurea. Romagnosi battezza col nome di « Magisteto » la qualifica conseguibile da chi supera l'esame finale presso le Scuole.

(35) Lettera a Luosi cit., in LEI, p. 112.

(36) Tali motivi sono marcati con gran forza in un lungo documento manoscritto non datato, conservato in ASMi, *Studi*, PM, cart. 417, all'interno di un fascicolo recante sul dorso « Atti del cessato Ministero della Giustizia ». La grafia non pare quella di Romagnosi, ed anche il contenuto, nel proporre un progetto di riforma dell'insegnamento legale, si discosta in una serie di particolari dal disegno romagnosiano, anche se ne mantiene la bipartizione essenziale tra Università e Scuole centrali di perfezionamento. Queste ultime sono appunto indicate come la palestra della « Gerarchia politica » — così come l'Università avrebbe dovuto esserlo della « Gerarchia legale » —, da cui trarre « i più preparati », « sia che seder debbano nelle cattedre di Maestri, sia che abbiano a consigliar il Monarca nella Reggia, sia che debbano cooperare con lui Ministrj, sia finalmente che abbiano a rappresentare la Nazione Membri del Corpo legislativo ».

della *Monarchia nazionale rappresentativa*, si dispiegherà in tutta l'ampiezza di una grande utopia politica (37).

La cultura illuministica non aveva nutrito dubbi che lo screditatissimo ceto giuridico settecentesco sarebbe stato definitivamente travolto dal crollo dell'antico regime: « les vrais gens de loix sont ceux qui aspirent à devenir inutiles », sentenziavano i rivoluzionari, tutti compresi del nuovo valore della legalità democratica, che consegnando finalmente alla volontà generale il compito di determinare tutti i doveri avrebbe espropriato per sempre il vecchio *sacerdos juris* della sua assurda pretesa di conoscere in via sapienziale la regola della giustizia (38). Romagnosi, evidentemente, è di tutt'altro avviso. Pur condividendo il disprezzo della cultura politica settecentesca per i caudici del moribondo diritto comune, egli è invece sicurissimo che la società dell'immediato futuro, se vorrà sopravvivere alla grande scossa rivoluzionaria, dovrà affidarsi a tutti i livelli al governo di giuristi professionali, concepiti come veri esperti della felicità collettiva; il cui sapere, correlativamente, non potrà essere limitato ad una secca tecnica burocratica appena sufficiente ad applicare meccanicamente la volontà politico-legislativa, ma si dovrà rivolgere ai principi primi del vivere sociale.

Poco importa che nel 1808, al momento dell'attuazione della riforma, il legislatore non se la sia sentita di andare a fondo su questa strada, lasciando anzi curiosamente imprecisato il valore legale del titolo di studio conseguibile presso le Scuole speciali (39): lo

(37) Per queste prospettive del costituzionalismo romagnosiano non possiamo che rinviare all'analisi contenuta nel nostro precedente volume.

(38) La celebre frase è di Robespierre (*Discours sur l'institution des jurés*, 7 aprile 1790) ed è richiamata per il suo valore paradigmatico da M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, p. 109. Su questo atteggiamento di aperta rottura di certa cultura illuminista nei confronti del vecchio ceto legale, valide osservazioni in R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, soprattutto nel saggio dal titolo *La rivolta contro il formalismo*, p. 276 ss.

(39) L'iter legislativo di questa riforma non è ricostruibile con esattezza. Di sicuro si sa solo che il progetto di Romagnosi fu sottoposto dal conte Luosi alla valutazione del Direttore generale della pubblica istruzione Pietro Moscati, il quale ne discusse con Romagnosi stesso nel corso dell'estate del 1808 a varie riprese, fino ad esprimere un giudizio complessivamente positivo con lettera in data 1 settembre 1808. A seguito di tale nulla osta

spirito dell'istituzione restò infatti abbastanza vicino a quello vagheggiato da Romagnosi. Le scuole furono mantenute ben distinte dall'Università e collocate significativamente nella capitale — che non era mai stata per tradizione sede universitaria —, in modo da essere anche fisicamente vicine a quel centro propulsore dello Stato a cui venivan chiamate a fornire nuove linfe. Al posto dei tre insegnamenti proposti da Romagnosi, la legge istituirà due cattedre di « Diritto pubblico e commerciale nei rapporti dello Stato con gli Stati esteri » e di « Alta legislazione civile e criminale nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione » — quest'ultima evidentemente prodotta da una contrazione tra le due prime discipline suggerite da Romagnosi, giusta l'esempio della parallela cattedra francese —; in più verrà aggiunta una terza cattedra di « Eloquenza pratica legale ». Si tratta comunque di modifiche di rilievo secondario: le Scuole, collocate oltre il termine naturale degli studi accademici, resteranno una grande fucina per uomini di Stato e super-burocrati, in cui conseguentemente non vengono più trasmesse nozioni di diritto positivo o di tecnica giuridica spicciola, ma una scienza di principii che sintetizza « le vedute necessarie per formar leggi, per dare la suprema ragione di quelle che furono fatte, per somministrare una norma onde sviluppare e correggere le diftose »⁽⁴⁰⁾; una dottrina, cioè, che serva indifferentemente per modellare il diritto condendo e per interpretare secondo ragione quello già vigente, una scienza della legislazione, insomma, che però — a differenza dei suoi archetipi settecenteschi — risulti abbastanza duttile da fungere anche come strumento razionalizza-

fu varato il decreto 15 novembre 1808, il quale, però, si limitava ad aggiornare le materie di insegnamento universitario allineandole rispetto al nuovo diritto positivo codificato, e ad istituire le Scuole speciali di Milano, indicando le tre discipline che vi avrebbero dovuto trovare collocazione. Ma il regolamento organico che a quella normativa avrebbe dovuto tener dietro, a quanto pare, non venne mai emanato. Mentre si può supporre che le Università continuassero ad esser regolate dal vecchio « Piano di disciplina » 31 ottobre 1803, per il funzionamento delle Scuole speciali fu emanato un regolamento 16 giugno 1810, che comunque si limitò a fissare in un anno la durata del corso di studi ed a precisare altri dettagli di minor conto. Su tutta questa vicenda si confronti il materiale conservato in ASMi, *Studi*, PM, cart. 684.

(40) Lettera a Luosi, cit., p. 111.

tore della legalità positiva. A questo livello, la giurisprudenza cessa del tutto di presentarsi come una tecnica della legalità positiva, e si traduce « nell'arte di determinare ciò che è di ragione dietro i dettami delle leggi vigenti »⁽⁴¹⁾: ovvero, in una scienza e in un'arte del bene politico che parla uno stesso identico linguaggio sia a chi pone sia a chi applica le norme legali. L'identificazione tra funzioni tecniche e funzioni politiche, che resta forse il dato più caratterizzante del progetto costituzionale romagnosiano, trova così nella teoria giurisprudenziale su cui si fondano le Scuole il suo immediato ed indispensabile supporto logico.

Questa misteriosa « scienza dell'Alta legislazione », perciò, nella mente stessa del suo ideatore è molto più scienza dei fini che scienza delle norme. Per apprendere le norme bastano le Università: qui si tratta invece di accostarsi a quella che Leibniz definiva a suo tempo una « nomothesia »⁽⁴²⁾. Dal 1809 Romagnosi si dedicherà con fervore, dalla cattedra che egli stesso ha progettato, all'insegnamento di una materia certamente molto diversa da quella che in seguito prenderà il nome di diritto amministrativo, come risulta già chiaramente dall'orazione inaugurale del suo primo corso. L'interesse del nostro giurista non è infatti diretto principalmente ad inquadrare i rapporti tra legge positiva ed attività dell'amministrazione, cioè a costruire una teoria dell'uso legittimo del potere; una volta riconosciuto il primato formale della legge, il Nostro si concentra soprattutto sul tema della libera finalità dell'azione amministrativa, cercando di enucleare una serie di principii sovralegali capaci di guidare indifferentemente il funzionario ed il legislatore verso una sicura individuazione dell'interesse collettivo.

Tale sarà quantomeno l'orientamento generale delle lezioni di Alta legislazione. Del loro contenuto ci si può fare un'idea esami-

(41) APDN, p. 142.

(42) Questo riferimento alla nomotetica di Leibniz — che resta sicuramente il più conservatore tra i grandi dogmatici dei Sei-Settecento — è abbastanza frequente in Romagnosi, fino a trasformarsi in una specie di invocazione solenne nella prelezione al suo corso del 1811-12 (*Discorso su'l soggetto e su l'importanza dello studio dell'Alta Legislazione*, in EDG, vol. VII, parte II, p. 1275). Il che evidenzia ancora il carattere intimamente aristocratico della proposta romagnosiana, nel suo riproporre una figura di giurista che proprio candidandosi ad una rinnovata centralità istituzionale rivela un volto profondamente settecentesco.

nando il materiale pubblicato da Alessandro De Giorgi dopo la morte dell'autore, che pur nella sua frammentarietà è sufficiente a rivelare alcuni caratteri di fondo ⁽⁴³⁾.

(43) Oltre al *Discorso* di cui si è detto nella nota avanti, si devono ricordare pure i seguenti testi fondamentali, tutti contenuti in *EDG*, vol. VII, parte II, pp. 1275-1415:

a) *Del predominio della natura su'l regime degli Stati, e del modo di concordare l'uno con l'altro - Discorso di G.D.R. nell'aprimiento della nuova cattedra di Alta legislazione.* La prelezione non fu però pronunciata per un veto opposto dalla censura, insospettata da certi riferimenti critici alla figura di Giulio Cesare contenuti verso la fine del testo. Si tratta di pagine che pur contenendo alcuni spunti di metodo e qualche idea costituzionale sono del tutto estranee alle problematiche amministrativistiche;

b) Due schemi riassuntivi dei propri corsi, inviati al Ministro della giustizia a pochi giorni di distanza l'uno dall'altro, rispettivamente il 23 ottobre ed il 3 novembre 1810. Il primo dei due scritti contiene un breve sunto degli argomenti trattati durante l'anno precedente, ed un'ampia digressione di carattere tecnico-pedagogico sulla funzione del magistero amministrativo (che in seguito, scorporata dal resto, sarà rifiuta nella prelezione del 1812). Luosi, però, aveva bisogno di qualcosa di più concreto, « volendo S.A.I. e R. essere informato dello stato e dei progressi della nuova istituzione delle Scuole Speciali », e perciò chiese al Nostro una migliore illustrazione del suo magistero. Romagnosi inviò allora il secondo schema più dettagliato, aggiungendovi ancora un « riepilogo ristrettissimo » nella forma di un indice sistematico. Quest'ultimo testo, ancora inedito, è conservato in *ASMi, Autografi di uomini celebri*, cart. 181, assieme alla versione originale degli altri due. Il testo pubblicato da De Giorgi concorda solo parzialmente con gli autografi; è probabile che l'editore si sia servito di un diverso autografo. Il dato che emerge con maggior chiarezza da questi appunti è l'orientamento di sviluppare anzitutto un corso di « diritto puramente amministrativo », a dispetto della denominazione ambigua della cattedra: « io non poteva esimermi dal trattare particolarmente della pubblica amministrazione, perché manca una scuola apposita di questo ramo legale. Senza di ciò mi sarebbe stato impossibile di trattare dell'Alta legislazione, perché è impossibile dare una scienza comparata senza la precedente cognizione degli oggetti che la compongono ». Può darsi che in queste righe debba leggersi una forma di larvato rimprovero al Ministro per non aver conservato quella cattedra autonoma di amministrazione interna che egli aveva proposto nel progetto originario, e per essersi invece voluto avvicinare troppo al modello dell'insegnamento francese. Ciò che per noi è importante, comunque, è che Romagnosi considera a tutti gli effetti « diritto amministrativo » la materia che forma oggetto degli studi preliminari presso le Scuole;

Pare sicuro, ad esempio, che questo magistero non sia comparabile con alcuna delle materie giuridico-positive destinate a raggiungere dignità accademica nel corso dell'Ottocento. L'impianto fondamentale è quello di una specie di dottrina dello Stato, che corre ormai libera dagli schemi formali e contenutistici del vecchio giusnaturalismo, ma senza dismetterne ancora il caratteristico *habitus* astrattizzante, come testimonia la scarsezza di riferimenti alla normazione statale o alla giurisprudenza: « siccome alla scienza importa il conoscere le cose nella loro natura e nei loro rapporti di ragion naturale; così tutti gli enti amministrativi dovranno essere conosciuti antecedentemente al maneggio che ne piacque fare al legislatore, e che può farne l'amministratore nell'esercizio delle sue funzioni »⁽⁴⁴⁾. Ferocemente avverso — qui più che mai — a qualunque tipo di dottrina convenzionalistica, Romagnosi costruisce i suoi corsi sulla solita premessa di una esistenza oggettiva e 'naturale' degli *entia moralia*; è appunto su di essi — e non sulla casuale *voluntas legis* — che il teorico è chiamato ad esercitare il suo magistero. Il che riempie il nostro autore di orgogliosa fierezza tutte le volte che gli accade di confrontarsi con i suoi colleghi accademici d'oltralpe, già schiavi dei nuovi testi normativi proprio come lo erano stati i vecchi giuristi nei confronti dei digesti. A differenza di loro, egli non ha invece dimenticato la migliore lezione del secolo diciottesimo, rappresentata da quel prezioso metodo euristico insegnato da Condillac e da Bonnet, « veramente risolutivo, e non compositivo, come lo appellarono i vecchi logici; metodo unico che possa convenire alle dottrine pratiche, nelle quali si tratta di proporre un fine, e di subordinarvi i particolari mezzi convenienti »⁽⁴⁵⁾.

c) i *Prolegomeni allo studio dell'Alta legislazione dell'anno scolastico 1812-13*. Si tratta di un testo abbastanza organico pubblicato anch'esso nell'edizione padovana, di cui però non è stato finora rintracciato il manoscritto originario. È l'unico spezzone di corso romagnosiano presso le Scuole a noi pervenuto, e contiene quella parte introduttiva della trattazione di cui il nostro autore teorizzava l'essenziale importanza didattica già nel *Saggio* del 1807 cit. Purtroppo è andata invece perduta la parte analitica del corso, che avrebbe potuto dare un'idea più chiara del vero tenore delle lezioni romagnosiane.

⁽⁴⁴⁾ EDG, vol. III, parte II, p. 1427.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

Tutto compreso di questa sua grande superiorità culturale, egli guarda con distacco ai primi tentativi sistematizzatori della nuova legislazione amministrativa condotti, nella Francia napoleonica, da personaggi come Louis Portiez (de l'Oise) (46) e Charles Bonnin (47). Sia il primo che il secondo — anche se con diversa consapevolezza culturale — si ponevano di fronte al dato giuridico nella convinzione che tutto il diritto dell'amministrazione fosse quello di fonte legale, e che l'unico compito spettante al giurista fosse quello di classificarlo entro i titoli di un ipotetico codice. Pur auspicando egli stesso di poter presto giungere ad un vero codice di diritto amministrativo, Romagnosi sa bene che la vera missione della scienza consiste assai di più nel formare una coscienza critica degli operatori che non nell'ordinare regole positive.

(46) Il trattato di Portiez (*Cours de législation administrative dans l'ordre correspondant à l'harmonie du système social, et à tous les points de l'existence civile et politique des individus*, Paris, 1808, tt. I e II) è il frutto dell'insegnamento di questo vecchio rivoluzionario ed ex tribuno presso le *Écoles de droit* parigine: è ad esso che sono indirizzati gli strali or ora ricordati di Romagnosi, il quale critica in particolare la superficialità dei criteri sistematici adottati dall'autore. Per quanto in effetti una lettura del testo riveli tutta la fondatezza delle critiche mosse da Romagnosi al suo collega, bisogna riconoscere che si tratta del primo tentativo di classificazione non puramente repertoristica del materiale normativo prodotto dalla Rivoluzione e dall'età napoleonica in campo amministrativo.

(47) Di Bonnin, Romagnosi cita solamente un « leggerissimo opuscolo » anch'esso del 1808, dal titolo *De l'importance et de la nécessité d'un code administratif*, in cui si propone di articolare la sistematica delle norme amministrative secondo la stessa partizione persone-cose del *Code civil*. Egli non parla, invece, del libro più interessante e maturo di questo autore (assai superiore, sul piano scientifico, a quello di Portiez), cioè del già citato *Principes d'administration publique* del 1809. Anche se forse i risultati non sono pari alle enunciazioni di principio dell'autore, quest'opera giustifica senz'altro le attenzioni di cui è stata fatta oggetto in tempi recenti da parte della storiografia contemporanea (cfr. per tutti G. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, 1982, pp. 465-466). Dello stesso autore, che fu letterato e scrittore politico oltre che giurista, e che durante l'età napoleonica fece parte dell'amministrazione dipartimentale della Senna, si ricorda tra l'altro un *Droit public français, ou Code politique*, sempre del 1809. I suoi *Principes d'administration* (che comunque pare impossibile Romagnosi non abbia conosciuto, trovandosene un esemplare nella stessa biblioteca del Consiglio di Stato del Regno Italico) furono anche tradotti in italiano durante la Restaurazione.

Con i documenti che ci sono rimasti, riesce difficile stabilire fino a che punto queste affermazioni di principio si siano tradotte in realizzazioni concrete, giacché ci sono pervenuti soltanto pochi spezzoni dei suoi corsi presso le Scuole, tutti relativi alla parte introduttiva del suo insegnamento; di essi cercheremo di offrire una ricostruzione d'insieme nel prossimo capitolo. Certo è, comunque, che a fronte di una maggiore consapevolezza critica la metodologia applicata da Romagnosi trova il suo limite nel rischio continuo di riproporre una scienza giuridica concepita ancora come tecnica di mezzi e di fini per il conseguimento della felicità sociale, secondo un modello sempre tutto settecentesco. La modernità dell'apporto romagnosiano risalta invece in maniera ben più marcata nelle elaborazioni del *Giornale di Giurisprudenza Universale*, che consentono anzi di offrire una lettura più consapevole delle sue stesse lezioni accademiche.

5. Pare che già a partire dal 1805 il Ministro della giustizia del Regno avesse in mente di varare una pubblicazione semi-ufficiale destinata a chiarire autorevolmente i punti più controversi della nuova legislazione ed a favorire il consolidarsi di una prassi giurisprudenziale conforme a quella francese nell'ambito di determinati settori⁽⁴⁸⁾.

Giudicata allora troppo prematura, l'idea fu ripresa soltanto quando il quadro normativo cominciò ad assestarsi in forme definitive: se ne trova traccia per la prima volta nella corrispondenza tra il Ministro ed il Vicerè nel settembre del 1810, contestualmente alla parallela iniziativa di pubblicare con regolare periodicità i giudicati dei tribunali e delle corti. Il 20 febbraio 1811 Luosi propone ad Eugenio, d'accordo con la Direzione generale della pubblica istruzione, il varo di un « Giornale Giudiziario che servirà alla rapida diffusione dei lumi nelle materie giudiziarie ed amministrative »; la redazione del contenuto sarà affidata a Romagnosi, il quale si è già impegnato a definire un progetto di massima. Il

⁽⁴⁸⁾ È quel che si apprende dal manifesto di associazione del *Giornale* (di cui una copia in ASMi, *Autografi di uomini celebri*, cart. 181). Sulla genesi del *Giornale* cfr. le notizie di F. LUZZATTO, *Il Giornale di Giurisprudenza Universale*, in *Aurea Parma*, XIX, 1935, pp. 180-198.

4 settembre 1811 il Ministro può presentare in sede ufficiale i primi due fascicoli del *Giornale* (49).

Questa pubblicazione, che fu redatta quasi esclusivamente da Romagnosi (50), più che fornire una rassegna giurisprudenziale, si prefigge di chiarire con interpretazioni scientificamente corrette ed avallate implicitamente dall'autorità politica le questioni capaci di suscitare maggiori incertezze applicative del nuovo diritto, pubblicando all'occorrenza *excerpta* di lavori preparatorii, circolari ministeriali, estratti da opere giudicate utili all'orientamento della prassi, nonché « i migliori consulti su qualche punto controverso di giurisprudenza »: in quest'ultima categoria rientrano una serie di ampi stralci dottrinali che il nostro autore inserisce commentando la normativa ma soprattutto la giurisprudenza coeva, alcuni dei quali, per completezza e respiro sistematico, si avvicinano piuttosto a piccoli trattati che a semplici note a sentenza.

Già a partire dal primo numero, uno spazio estremamente rilevante del *Giornale* viene consacrato al tema dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e la pubblica amministrazione, a proposito dei quali Romagnosi riferisce un notevole numero di decisioni del Consiglio di Stato italiano e francese, accompagnate da ampi estratti dei verbali del Consiglio stesso e dai suoi densi commenti.

Come si cercherà più oltre di dimostrare, nel pubblicare tutto questo materiale Romagnosi non ubbidisce soltanto ad un generico programma di divulgazione giurisprudenziale — il che, del resto, già basterebbe a renderci preziosa la sua opera, che rappresenta ancor oggi l'unica fonte a stampa della giurisprudenza del Consiglio

(49) Tutta questa corrispondenza in ASMi, *Autografi di uomini celebri*, cart. 181.

(50) Sotto il punto di vista formale, il *Giornale* non è propriamente comparabile ad una vera rivista. Romagnosi non ne è infatti soltanto il responsabile redazionale, ma anche e soprattutto l'unico collaboratore. Le uniche firme diverse dalla sua sono costituite da quelle appartenenti ad alcuni alti magistrati o funzionari, di cui il nostro autore pubblica qualche volta certe orazioni ufficiali. Ma la scelta della giurisprudenza, il suo commento, la stesura delle massime, l'elaborazione di scritti originali ad illustrare determinate questioni controverse o a prospettare problemi teorici, tutto ciò è compito esclusivo di Romagnosi.

del Regno⁽⁵¹⁾ —; ma persegue invece un preciso progetto di orientamento e riforma della prassi giuridica.

La selezione della giurisprudenza avviene infatti secondo un criterio rigoroso. Innanzitutto il nostro autore privilegia in maniera pressoché esclusiva le decisioni del Consiglio rese in materia di conflitti di attribuzione, mentre trascura completamente la giurisprudenza relativa al contenzioso amministrativo vero e proprio — anche se forse si riproponeva di pubblicarla in un secondo momento, che non giunse mai a seguito della precoce soppressione del *Giornale* da parte degli austriaci —. In secondo luogo, egli ordina le decisioni del Consiglio secondo il criterio cronologico, a partire dal novembre del 1805 fino all'estate del 1813, in modo da fornire una specie di grande spaccato dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di riparto, attraverso un campione sufficientemente consistente di casi (circa un centinaio)⁽⁵²⁾. L'immagine che si ricava da questa sorta di *flash-back* molto probabilmente rispecchia solo in parte l'effettivo atteggiarsi della giurisprudenza nel corso di quegli anni: è infatti abbastanza evidente l'intenzione romagnosiana di valoriz-

(51) Mentre, infatti, a partire dal 1810 venne assicurata una pubblicazione sistematica ai giudicati della Cassazione e delle Corti d'appello, non risulta che alcuna analoga iniziativa sia mai stata assunta per le decisioni in materia contenziosa e di conflitti rese in Consiglio di Stato. Chi le voglia conoscere, perciò, è ancora obbligato ad uno spoglio faticosissimo dei registri contenenti i processi verbali del Consiglio, conservati presso l'ASMi, *Consiglio Legislativo - Consiglio di Stato*. Un'opera di questo genere è stata avviata da Piero Aimo (P. AIMO, *Alle origini del contenzioso amministrativo: una ricerca in corso sul periodo napoleonico*, in *Jus*, XXIX (1982), pp. 115-139), limitatamente, però, alle decisioni del Consiglio rese sui ricorsi contro le statuizioni in primo grado dei Consigli di prefettura.

(52) Sempre in materia di riparto, Romagnosi pubblica anche un congruo numero di decisioni del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione d'oltralpe, trascelte nell'ambito di quelle pubblicate dai repertorii di Sirey e di Merlin. Brillante per assenza, invece, ogni riferimento alla giurisprudenza sul punto della Cassazione del Regno; il che, come vedremo, si può probabilmente spiegare in quanto il particolare meccanismo istituzionale adottato in Italia per la soluzione dei conflitti fu applicato dai giudici in un modo che non favoriva la formazione di una giurisprudenza giudiziaria in tema di riparto con caratteri autonomi — a differenza di ciò che accadde in Francia, dove invece essa ebbe fin dall'inizio una grande importanza pratica ed una notevolissima dignità dottrinale —.

zare determinati aspetti e di sfumarne altri attraverso la sovraimpressione di un 'proprio' punto di vista — il che, tra l'altro, è agevolato dalla circostanza che le decisioni in tema di conflitti del Consiglio nostrano, rese nella forma di decreti sovrani, sono prive di qualsiasi motivazione formale⁽⁵³⁾. Romagnosi può così 'montare' egli stesso le motivazioni attingendo ai verbali del Consiglio, ed integrando ampiamente in prima persona per il resto.

Motivazione e commento, in effetti, vengono a fondersi in un unico *continuum*, in cui fatti e critica dei fatti risultano indistricabilmente intrecciati; la loro osmosi è cementata dai continui ri-

(53) Esattamente come nell'esperienza francese, anche nel Regno il Consiglio pronunciava nelle forme della giustizia ritenuta, le sue decisioni essendo rese come decreti del Re « sentito il Consiglio di Stato »; con la differenza che, mentre i decreti del Conseil d'Etat includevano di solito una serie di *visa* e di *considérant* che pur nella loro estrema asciuttezza davano conto dei criteri adottati per decidere, quelli del Consiglio nostrano citano appena gli estremi della causa e le norme applicabili. L'unico punto di riferimento per la ricostruzione della giurisprudenza è costituito in definitiva dal rapporto che il Consiglio degli Uditori — la sotto-articolazione del Consiglio incaricata di istruire gli affari contenziosi — rendeva al *plenum* unitamente al progetto di decisione (il nostro autore, in effetti, lo trascrive spesso — anche se non sempre: sia che il Consiglio respingesse la soluzione proposta dagli Uditori, e che quindi il relativo rapporto divenisse inservibile, sia che Romagnosi non ne condividesse la linea giurisprudenziale adottata —). Il rapporto degli Uditori, inserito nell'ordine del giorno a stampa preparato prima di ogni seduta del Consiglio, si presenta sul piano formale come un tipico 'atto interno': esso non è altro che la motivazione della proposta di decreto sottoposta al giudizio del *plenum*, e non costituisce assolutamente, perciò, parte integrante del decreto di decisione stesso. Tuttavia, non si può escludere *a priori* che il rapporto venisse in qualche modo comunicato all'autorità giudiziaria di fronte alla quale era sorto il conflitto, tenendo luogo della inesistente motivazione formale. A favore di una simile tesi parrebbe militare l'ovvia considerazione che per quanto 'atto interno' esso non era evidentemente coperto dal segreto amministrativo, se appunto Romagnosi era stato autorizzato a pubblicarne liberamente il contenuto a distanza di pochi anni. Allo stato delle ricerche, invece, non è possibile avanzare alcuna ipotesi sulla presenza o meno di eventuali motivazioni formali inserite nei decreti del Consiglio in materia contenziosa; anche su questo delicato problema dovrebbe comunque far luce l'annunciato lavoro di Piero Aimò.

ferimenti alla prassi giurisprudenziale francese, di cui Romagnosi si serve per correggere quegli aspetti della nostra giurisprudenza che egli non condivide. È da questa specie di strano dialogo che affiorano pian piano le più interessanti concettualizzazioni che in seguito saranno aggiunte al testo originale dei *Principj*, dove risulteranno, però, evidentemente appiattite dalla mancanza del loro naturale retroterra giurisprudenziale.

Scopo di tutta questa operazione, come si vedrà più oltre, è di introdurre nella prassi un nuovo criterio per il riparto delle competenze tra autorità giudiziaria ed amministrazione rispetto a quello mutuato dal periodo repubblicano ed usato fino ad allora: e ciò non solo per una semplificazione razionalizzatrice reclamata implicitamente dalla prassi stessa, ma anche per una precisa esigenza teorica di cui si dirà.

Purtroppo, l'assoluta mancanza di studi sulla giurisprudenza di questo periodo ci impedisce di valutare adeguatamente l'incidenza dell'intervento romagnosiano sulla vita giuridica effettiva — un'incidenza che d'altra parte non ebbe molto tempo per spiegare i propri effetti —. Se prestiamo fede, però, ad una nota che Romagnosi farà seguire alla seconda edizione dei suoi *Principj*, essa sarebbe stata molto sensibile: e c'è da credere, in effetti, che il carattere quasi ufficiale della pubblicazione, sommandosi all'autorevolezza di un giurista che all'epoca sembra l'unico vero esperto di temi amministrativistici, abbia potuto influire in maniera non irrilevante sulla condotta dei pratici.

6. Il giornale continuerà ad uscire regolarmente fino al primo semestre del 1814. Se il regime giungerà al tracollo definitivo soltanto nell'aprile di quell'anno, dalla fine del '13 è già chiaro a chiunque che esso sta attraversando una crisi probabilmente senza ritorno. Romagnosi ha già fatto la sua diagnosi, e decide lucidamente di salvare il possibile di ciò che è riuscito con tanto impegno a costruire durante gli anni dell'Italia napoleonica, prendendo le distanze — per quanto tardivamente — dall'*entourage* filo-francese. Inserisce così nell'ultimo numero del 1813 della sua rivista un foglio volante, in cui assicura che essa continuerà nelle sue pubblicazioni « riportando anche le variazioni che per avventura avvenissero »: un segnale appena sussurato, ma abbastanza chiaro per chi

ha buone orecchie. La polizia, per parte sua, intenderà benissimo, ed aprirà un'inchiesta a carico del nostro autore ⁽⁵⁴⁾.

Ben più esplicito del resto sarà il tono di un appassionato opuscolo che egli si farà pubblicare da Cesare Orena nei mesi più drammatici del 1814: *Sulla necessità delle Scuole Speciali di Milano, e particolarmente di quelle di pubblica amministrazione* ⁽⁵⁵⁾, in cui ribadisce la sua fede nella possibilità di creare una tecnocrazia dirigenziale attraverso una corretta formazione giuridica, affermando con fierezza il valore della cattedra di Piazza dei Mercanti (dove Beccaria « leggeva le teorie; io vi leggo la teoria e la legislazione »), richiamandosi alla tradizione teresiana delle Palatine e sostenendo che ogni tipo di assetto statale nutre un identico interesse ad incoraggiare e conservare strutture del genere.

È probabilmente per dar maggiore credibilità a questa politica che egli compone frettolosamente e pubblica proprio nel febbraio del '14, quando il regime comincia ad avviarsi al tracollo, l'opera a cui si legherà in seguito la sua maggior fama di amministrativista ⁽⁵⁶⁾.

In realtà, aspettare che uno Stato stia soccombendo per dedicarsi a disquisire sul suo diritto e sulla sua giurisprudenza rappresenta una scelta abbastanza singolare. Che cosa si riproponeva esattamente il nostro autore attraverso la pubblicazione di questi *Principj*? Non si può escludere, evidentemente, che egli avesse preparato quest'opera in tutta tranquillità nel corso degli anni precedenti, e che si sia deciso a pubblicarla in concomitanza della caduta del Regno per lasciare una specie di testamento scientifico. Ma

⁽⁵⁴⁾ Cfr. in proposito GHIRINGHELLI, INVERNICI, *Per conoscere Romagnosi*, cit., p. 50. L'inchiesta, aperta verso la metà di marzo, non avrà esito per la sopravvenuta caduta del Regno.

⁽⁵⁵⁾ Pagine che saranno ripubblicate, dopo la morte dell'autore in EDG, vol. VII, parte II, p. 1325 ss.

⁽⁵⁶⁾ La « Ragione dell'opera » premessa al testo reca l'indicazione 22 febbraio 1814. A questa data l'esercito di Eugenio aveva già effettuato il ripiegamento sul Mincio, e gli austriaci si trovavano ormai a non più di cento-centocinquanta chilometri dalla capitale. È difficile credere che in questi giorni drammatici, segnati da una serie di frenetici quanto inutili tentativi da parte di Melzi per convincere il Viceré ad abbandonare Napoleone e negoziare una pace separata, un osservatore attento potesse ancora farsi delle illusioni sulla capacità di sopravvivenza del regime.

l'ipotesi forse più plausibile è che egli intendesse costruirsi così una sorta di verginità politico-culturale di fronte al probabile nuovo padrone, attestando il carattere rigorosamente tecnico-giuridico del suo insegnamento presso le Scuole⁽⁵⁷⁾. Le già rilevate mende sistematiche dei primi quattro libri dell'opera — gli unici comparsi nella prima edizione — sembrano infatti indicare una stesura frettolosa, realizzata riciclando appunti di corsi e schemi di lezioni. È facile reperire nel testo del '14 una quantità di passi trascritti in maniera pura e semplice dai *Prolegomeni allo studio dell'Alta Legislazione*⁽⁵⁸⁾ — una delle opere che saranno pubblicate postume da De Giorgi —, nonché pensieri e motivi riciclati dal *Diritto Pubblico Universale*. L'insieme non è molto organico, e la mole dello scritto è singolarmente contenuta rispetto al titolo ambizioso ed all'abituale facondia dell'autore. Ciò che importa, comunque, è di poter esibire un titolo dal carattere marcatamente accademico, che tranquillizzi la nuova autorità politica sugli orientamenti del tutto neutrali della sua scuola.

I successivi mesi del 1814 vedono infatti il nostro autore impegnato con tutto se stesso a convincere gli austriaci ad accettare i propri servizi — mentre frattanto egli continua a lavorare febbrilmente, in segreto, alla sua grande opera costituzionale. In una fitta corrispondenza con le autorità, Romagnosi difende strenuamente il 'suo' *Giornale* e le 'sue' Scuole, e con essi la propria immagine di giurista « dai superiori talenti legislativi per le riforme del Governo, per i quali come fui utile al Governo italiano posso esserlo

(57) Questa ipotesi non è nuova (GIANNINI, *Profili storici*, cit., p. 216), e pare credibile. Sembra da escludere invece l'altra supposizione a cui si è fatto talvolta ricorso per spiegare le oscurità e le incongruenze dell'opera, cioè che Romagnosi avesse volutamente intorbidato le acque per sfuggire a possibili ostracismi della censura: in realtà, gli unici luoghi dei *Principj* in cui si trattano argomenti di una effettiva rilevanza politica sono quelli relativi alle forme di governo (l. III, capo I), che sembrano tra i più chiari di tutto il libro.

(58) L'identità è soprattutto evidente nella presentazione di tutti i concetti fondamentali, mentre non mancano numerose pagine trascritte completamente, pur se con qualche variante (cfr. per es. PFDA, pp. 12-16, *Prolegomeni allo studio dell'Alta Legislazione*, d'ora in poi citati *Prolegomeni*, pp. 1386-87; PFDA, pp. 78-81, *Prolegomeni*, pp. 1380-82; PFDA, pp. 84-87, *Prolegomeni*, pp. 1390-91).

egualmente coll'austriaco, di cui conosco il sistema civile ed amministrativo »⁽⁵⁹⁾, fino a citare a proprio modello il magistero viennese del « Consigliere de Sonnenfels », che insegna « la parte teorica e pratica delle leggi amministrative, economiche, politiche e di Finanza »⁽⁶⁰⁾, come lui stesso ha fatto durante gli anni dell'Italia napoleonica e come potrebbe continuare a fare con gran profitto dello Stato.

Atteggiamenti, certo, non troppo in sintonia con il profilo di maniera che la retorica patriottarda nostrana cucirà più tardi addosso a Romagnosi, e che fino ad oggi ne ha ipotecato così pesantemente la figura. In realtà, però, non vi fu da parte sua alcun 'tradimento', e neppure alcun servile camaleontismo. Intellettuale legato ben più alla solida tradizione riformatrice lombarda che non alle nuove ed ancora nebulose idealità nazionalistiche, egli vide naturalmente nell'Austria della primissima Restaurazione — l'Austria intelligente ed attenta della *Biblioteca Italiana*, ancora non costretta sulla difensiva dalla ribellione delle giovani élites — l'interlocutore più idoneo per proseguire su quella strada di progresso civile aperta con la metà del Settecento, senza pur trascurare, nel frattempo, di seguire altre piste alternative.

Ma le sue professioni di buona condotta non furono sufficienti a convincere l'Imperial Regio Governo. Il *Giornale* cessa le pubblicazioni nell'estate del '14; le Scuole speciali, pur lasciate sopravvivere, sono guardate con sospetto crescente dall'autorità come un focolaio di larvata opposizione — sono state infatti frequentate, negli anni precedenti, da personaggi come Federico Confalonieri, e Soveri Lattuada —. Francesco Salfi, l'amico e collega di Roma-

(59) Lettera a Giovanni Scopoli, Direttore generale della pubblica istruzione, giugno 1814 (*Lettere edite ed inedite*, cit., p. 171); con questa missiva Romagnosi chiedeva di essere confermato nella sua cattedra, allegando — sotto l'intestazione fasulla di « informazione di un pubblico funzionario sulla persona del consultore e professore Romagnosi » — un proprio *curriculum* redatto in terza persona, in cui poneva in ombra tutto quello che di 'giacobino' pure vi era stato nel suo passato, soprattutto durante la fase trentina.

(60) Così nella citata « Informazione » ripubblicata ora da E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, 1979, p. 94 ss.

gnosi, che occupava la cattedra internazionalistica parallela alla sua presso le Scuole, è subito fuggito a Parigi alla caduta del regime; il Nostro è rimasto solo a difendere l'eredità della Lombardia napoleonica, e l'Austria non fa mistero della sua antipatia nei suoi confronti, mentre rifiuta di offrirgli qualsiasi ruolo nell'ambito della struttura amministrativa e politica⁽⁶¹⁾. Gli ultimi suoi corsi presso le Scuole saranno dedicati al diritto ecclesiastico⁽⁶²⁾, un terreno che consentiva di richiamarsi alla tradizione riformistica giuseppina di fine Settecento nel tentativo sempre più improbabile di riallacciare quel dialogo interrotto dalla Rivoluzione con tanta nettezza; finché la vicenda della pubblicazione clandestina della *Monarchia nazionale rappresentativa* nel 1817 convince il governo a rompere ogni indugio, chiudendo le Scuole⁽⁶³⁾ ed emarginando apertamente

(61) Chi sfoglia la corrispondenza tra Romagnosi e le autorità austriache durante questo periodo (*Lettere edite ed inedite*, cit., p. 170 ss.) scopre un rapporto intessuto di piccole angherie e di continui sospetti: dall'accusa di esporre nell'aula di Brera immagini del passato regime, al puntiglio di non voler riconoscere al Nostro certi suoi diritti economici acquisiti, alle assillanti richieste sui contenuti dei programmi svolti e sulle persone dei frequentanti i suoi corsi.

(62) Si possono vedere in G. D. ROMAGNOSI, *Scritti inediti*, Bergamo, 1862, pp. 177-315.

(63) Sui motivi che determinarono la chiusura cfr. F. PATETTA, *Introduzione* a G. D. ROMAGNOSI, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa*, a cura di G. ASTUTI, Roma, 1937, vol. I, pp. LIX-LXII. Può darsi che l'Austria, del resto, avrebbe assunto comunque questa determinazione. Una eloquente testimonianza del clima ormai apertamente ostile che si era creato nei confronti del Nostro già all'inizio del 1817, è costituita da una relazione inviata all'I.R. Governo in data 9 febbraio dal Direttore generale della pubblica istruzione Giovanni Scopoli, che già occupava il medesimo posto sotto il regime napoleonico, ed aveva anzi lavorato spalla a spalla con lui in varie occasioni (non ultima, il 'varo' del *Giornale*). Dopo aver tenuto per vari anni un atteggiamento agnostico nei confronti del mantenimento in vita delle Scuole, all'inizio del '17 egli decide evidentemente di non potersi compromettere più oltre e denuncia senza mezzi termini l'ostinazione con cui il Nostro continua a discettare in aula « su cose abolite, la ricordanza delle quali riesce o assai ingiusta o illegale » nell'ordinamento restaurato; mentre egli già da tempo gli aveva raccomandato « di agevolare ai giovani laureati in Pavia la cognizione di una scienza che mancò sotto il Regno Italico ad ogni università nostra, cioè il giuridico, spiegandolo però col testo usitato a Vienna, onde le vere massime si propagassero del diritto regio » (ASMi, *Studi*, PM, cart. 900).

Romagnosi, che si troverà da allora in poi trattato sempre più alla stregua di un probabile cospiratore.

Dopo questa data, il nostro autore non dedicherà più alcun contributo specifico a quel 'diritto amministrativo' di cui è stato uno dei pionieri.

È vero che nel 1832 sarà pubblicata a Firenze una seconda edizione dei *Principj*, per i tipi dell'editore Piatti, come secondo volume della prima raccolta completa di scritti romagnosiani; ed è pur vero che l'opera ne risulterà accresciuta di altri due libri in aggiunta ai quattro originarii, e di una *Appendice* sostanziosa. Ma, com'è noto, non si tratta affatto di un nuovo contributo aggiuntivo dell'autore, bensì della pura e semplice trascrizione di tre articoli particolarmente significativi usciti a suo tempo sul *Giornale*; senza però che l'editore si preoccupi in alcun modo di coordinare i vari testi tra loro, e senza neppure rettificare od eliminare i rimandi ed i riferimenti interni ad altre parti del *Giornale* stesso⁽⁶⁴⁾.

È difficile stabilire fino a che punto questo strano *collage* sia stato autorizzato o promosso dall'autore — il rapporto di collaborazione, infatti, tra Romagnosi ed il suo editore fiorentino sarà ufficializzato soltanto a partire dal volume successivo delle *Opere*, ovvero dalla pubblicazione del *Diritto Pubblico Universale*, giacché il Piatti all'inizio si era mosso in maniera del tutto autonoma⁽⁶⁵⁾; pare comunque impossibile che tutto si sia svolto all'insaputa del Nostro, quando proprio sul frontespizio dell'edizione si avverte che i *Principj* sono ora « corredati da nuovi documenti illustrativi somministrati dall'autore », affermazione che non risulta sia mai stata smentita da Romagnosi.

⁽⁶⁴⁾ L'*Appendice* non è altro che il lungo articolo con il quale si apre il primo numero del *Giornale*, nel quale Romagnosi espone dettagliatamente le varie competenze del Consiglio di Stato del Regno secondo il terzo Statuto costituzionale, soffermandosi in particolare sui conflitti di attribuzione disciplinati dall'art. 29, n. 2; il quinto ed il sesto libro sono tratti rispettivamente dal fascicolo III del t. V, del 1812 (pp. 295-331), e dal fascicolo III del t. II, sempre del 1812, pp. 335-365. Gli articoli risultano dunque riprodotti nell'ordine inverso rispetto a quello della loro pubblicazione cronologica, il che rende ancora più problematica la comprensione del dato testuale finché si considerino le varie parti nella sequenza prescelta dall'editore.

⁽⁶⁵⁾ Sul punto cfr. ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 187-189.

Certo è, comunque, che l'ultima parte del testo, nel suo riferirsi ad una realtà istituzionale e giurisprudenziale così ben circoscritta ed ormai tanto lontana non doveva avere nel 1832 altro valore che quello di una testimonianza. È ovvio che nell'immediato non vi era più un pubblico di pratici disposto a recepire le precise valenze tecniche di quel messaggio, come era avvenuto tanti anni prima; e questo può forse contribuire a spiegare la scarsa cura da parte dell'editore nel rendere veramente intelligibili quei testi.

In compenso, parecchi temi messi a fuoco da Romagnosi negli anni del suo insegnamento milanese tenderanno più o meno carsicamente a riaffiorare qua e là nell'ambito della sua successiva e multiforme attività di pubblicista. Ad esempio, le due opere della tarda maturità *Della condotta delle acque secondo le vecchie, intermedie e vigenti legislazioni*, e *Della ragion civile delle acque nella rurale economia* trovano il loro immediato antecedente in un articolo relativo alla distinzione tra acque pubbliche ed acque private pubblicato sul *Giornale* nel 1812; mentre ancora diversi e puntuali interventi romagnosiani dalle colonne delle riviste dell'epoca, riguardanti soprattutto quella realtà istituzionale francese che il Nostro continuerà fino da ultimo a tenere costantemente presente, sono facilmente riconducibili a principii e valutazioni sviluppati nel corso di quegli anni lontani ⁽⁶⁶⁾.

Più in generale, è abbastanza evidente la stretta continuità tra le parti meno tecnicamente connotate dei *Principj* — quelle, ad esempio, sui limiti dell'intervento della pubblica amministrazione in materia economica — e parecchie prese di posizione contenute nei suoi più tardi articoli di economia politica; o ancora tra certe intuizioni dei *Prolegomeni allo studio dell'Alta legislazione* e la successiva dottrina della « vita degli Stati », che troverà spazio nelle *Istituzioni di Civile Filosofia* ed in altre opere della vecchiaia. In realtà, infatti, quell'Alta legislazione che Romagnosi aveva profes-

(66) Si considerino per es. gli articoli *Discussione giuridica ed economica del c.d. diritto francese di martellatura degli alberi da costruzione per la marina*, in AUS, XXXVII, 1833, pp. 14-31; *Osservazioni sommarie sulla legge francese riguardante la spropriazione per pubblica necessità del luglio 1833*, *ibidem*, pp. 193-212; *Esame del Progetto di legge sulle Dogane francesi*, *ibidem*, XLI, 1834, pp. 27-69.

sato dalla sua cattedra di Milano era una materia ancora così povera di umori tecnico-giuridici da poter essere facilmente riciclata in contesti abbastanza diversi.

Nell'analisi che segue, pertanto, si avrà cura di limitare l'attenzione a quei soli elementi della dottrina che sembrano suscettibili di portare un reale contributo alla definizione della nuova categoria normativa del diritto amministrativo.

CAPITOLO SECONDO

L'EMERSIONE DEL SOGGETTO

SOMMARIO: 1. Soggettività dello Stato e soggettività del fisco nella giuspubblicistica dell'antico regime. — 2. Il principe e il diritto oggettivo. — 3. Il modello storiografico dello 'Stato di Polizia' ed i suoi margini di ambiguità. — 4. Il concetto di 'amministrazione' nel pensiero romagnosiano, e le sue differenti valenze. — 5. 'Amministrazione' come attività complessiva dei pubblici poteri. — 6. 'Amministrazione' in senso organico. — 7. 'Amministrazione' in senso funzionale. — 8. Verso una sistematica complessiva delle funzioni pubbliche. — 9. (Segue): il ruolo della giustizia amministrativa nell'ambito del nuovo schema funzionale.

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 ». Frutto di un secolo circa di elaborazione dottrinale europea, questa definizione, dettata da Federico Cammeo nel 1911, nelle primissime pagine del suo *Corso* ⁽¹⁾, sintetizza con ormai piena consapevolezza un concetto elementare, che si è venuto lentamente consolidando nella coscienza dei giuristi a partire dalla fine del Settecento: il potere pubblico può essere pensato come soggetto giuridico, ed in quanto tale risulta capace di entrare in un rapporto con gli altri soggetti dell'ordinamento tramite un diritto a lui proprio. « Nell'amministrazione — prosegue Cammeo — ... gli organi relativi si trovano in rapporto alle norme giuridiche in una condizione analoga a quella in cui si trova un individuo »; con la particolarità che l'individuo risulta dotato di un'autonomia negoziale

(¹) F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1960 (ristampa della prima edizione con note d'aggiornamento di G. MIELE), p. 1.

che trova il suo limite nell'eguaglianza di ciascuno rispetto agli altri, mentre l'Amministrazione esercita un potere proprio, una supremazia giuridica sui soggetti privati, regolata da un codice particolare. Il diritto amministrativo presuppone un rapporto — ancorché ineguale — e la sua condizione di pensabilità è che lo Stato si presenti come *soggetto*, cioè come potenziale titolare di diritti e potenziale destinatario di obblighi nei confronti dei suoi sudditi. Risulta perciò essenziale, per fissare il *dies a quo* di quella che oggi chiamiamo comunemente scienza del diritto amministrativo, stabilire il momento in cui la dottrina percepisce questa nozione di soggettività.

Certamente, la consapevolezza che lo Stato possa essere presentato come titolare di diritti e destinatario di obblighi rispetto agli altri soggetti, cioè come una persona giuridica, è in sé antichissima. Tutta la dottrina fiscalistica d'origine medievale, ancora fiorente negli ultimi due secoli dell'antico regime, sta lì a testimoniare. Solo che, appunto, tale personalità non è attribuita direttamente al principe, ma si limita ad interessare il suo « saccus », la sua « camera », il suo patrimonio di grande privato — più correntemente, il suo « fiscus » —. Lo Stato è configurabile come soggetto giuridico solo nell'ambito di quella che oggi definiremmo la sua amministrazione privata, ovvero fintantoché esso espleta un'attività diretta a sostentarsi sul piano economico, al pari di una qualsiasi altra persona giuridica che negozia con altri privati ed è responsabile nei loro confronti. In questa veste la persona pubblica è titolare di diritti ed obblighi a contenuto patrimoniale al pari di ogni altro soggetto — anche se tutti questi rapporti risultano regolati solo sussidiariamente dal diritto comune, ed in via principale da quel diritto privato speciale, ben armato di privilegi a favore della parte pubblica, che è lo *jus fisci* (2).

Ma, come tutti i fiscalisti si premurano per tempo di precisare, lo Stato cessa di porsi come persona giuridica non appena passa dall'amministrazione del suo patrimonio a perseguire i suoi fini tipici,

(2) Sul concetto di fisco il punto di riferimento più significativo nell'ambito della letteratura di lingua italiana continua ad essere costituito da F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, già in *Studi senesi*, XXV (1908), e ora in *Id.*, *Studi giuridici*, Milano, 1960, vol. III, p. 37 ss.

cioè a svolgere un'attività di governo. Da centro d'imputazione di una certa sfera di rapporti patrimoniali, allora, esso si trasforma in sovrano: la personalità giuridica del fisco deve far spazio alla personalità politica del principe, la cui caratteristica consiste appunto nel non riconoscere alcun diritto nel suddito a cui comanda. Il grande discrimine tra le persona giuridica dello Stato-fisco e la persona politica dello Stato-principe viene quindi ad esser rappresentato dal carattere patrimoniale o non patrimoniale dell'interesse che determina la sua condotta: « *ex quibus plane constat, omnia quae Fisci sunt, ac juris fiscalis, continuo esse Caesaris, Principis, vel Reipublicae, sed non esse contra, quia multa sunt Principis, quae non sunt fiscalia, vel quia sint Principis privata, vel quia non consent in re pecuniaria* »⁽³⁾. Per i rapporti riconducibili a questa ultima categoria, ogni personalizzazione è esclusa. In tutte le attività a contenuto non patrimoniale, costituenti esercizio di *jurisdictio* o di *imperium*, diventa inconcepibile la figura di uno Stato *subiectus* al diritto nei rapporti col suo suddito.

La dottrina ottocentesca, al contrario, affermerà con forza la soggettività dello Stato anche nel momento in cui esso si rivolge verso la società civile per governarla; e ciò proprio grazie a quel nuovo statuto rappresentato dal diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo « *proprement dit* », infatti, è quello che regola i « *rapports de l'administration avec les citoyens pour l'exécution des lois et ordonnances, c'est à dire les droits et devoirs reciproques des administrateurs et des administrés* »⁽⁴⁾. Troppo spesso relegati superficialmente entro la famiglia dei compilatori di commentari e degli esegeti di leggi e sentenze, gli amministrativisti francesi di primo Ottocento danno prova, al contrario, di una profonda maturità ideologica, nel collocare alla base del loro sforzo scientifico questa moderna consapevolezza: che il diritto amministrativo coincide con quelle norme « *qui fondent un droit ou qui*

(3) M. A. PEREGRINUS, *De privilegiis et iuribus fisci libri octo*, Venetiis, 1611, L. I, tit. I, § 28, p. 3. Il testo legale da cui citiamo, molto diffuso nel corso del Sei e Settecento, costituisce una vera piccola summa di diritto fiscale ad uso dei pratici, e si raccomanda ancor oggi per le sue doti di chiarezza e di linearità.

(4) Così, tra i molti, F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, cit., t. I, p. 97.

règlent l'exercice d'un droit, dans le sens que le terme *droit* prend en ces matières, c'est-à-dire de celles qui concernent les obligations mutuelles de l'administration et des administrés »⁽⁵⁾; ovvero ancora, con il sistema delle « dispositions légales et réglementaires qui déterminent sur chaque matière d'intérêt public les droits et les devoirs de l'administration et des citoyens dans leurs relations respectives »⁽⁶⁾.

Nell'ambito di questo contesto, dunque, ciò che viene indicato col vocabolo di « administration » non è altro che il potere stesso, ridotto ad un fascio di diritti e doveri all'interno di un rapporto giuridico col cittadino. Tutta l'oggettiva ambiguità del termine, che di per sé, com'è stato notato, non è nato per connotare positivamente né una persona fisica o giuridica ben determinata, né un bene, né un atto, e neppure un tipo di attività definibile con sicurezza sulla base di caratteri precisi ed omogenei⁽⁷⁾, si scioglie quando si consideri la sua utilizzazione concreta all'interno della relazione bilaterale indicata: « amministrazione » serve ad indicare ogni manifestazione di potere pubblico nel momento in cui si fa 'contro-

(5) J. M. DE GÉRANDO, *Institutes de droit administratif français, ou éléments du code administratif*, t. I, Paris, 1829, p. IX. L'opera di Joseph-Marie De Gérando (1772-1842), pubblicata com'è noto per la prima volta nel 1829-30 in cinque grossi volumi, costituisce il primo vero manuale completo di diritto amministrativo, destinato a rimanere a lungo insuperato, nel corso dell'Ottocento, per vastità di informazione e ricchezza di dettagli normativi. De Gérando fu chiamato a coprire la prima cattedra di diritto amministrativo istituita a Parigi nel 1819; e fu appunto in occasione del suo insediamento che pronunciò la celebre prolusione poi pubblicata sulla rivista *Thémis* in quello stesso anno. Oltre al suo grande trattato, ha lasciato anche un *Cours de droit public et administratif* (Paris, 1820) e il saggio *De la procédure administrative* (Paris, 1822).

(6) MACAREL, *Cours de droit administratif*, cit., vol. III, p. 2. Louis-Marie-Antoine Macarel (1790-1851) costituisce un'altra figura di massimo spicco nel panorama della prima dottrina amministrativistica. Avvocato, consigliere di Stato a partire dall'inizio degli anni '30, e quindi successore di De Gérando, dopo la morte di questi, nella prestigiosa cattedra parigina, egli è ricordato, oltre che per questo vasto *Cours* pubblicato nel '48 in quattro volumi, soprattutto per i suoi *Eléments de jurisprudence administrative* del '18, che rappresentano il primo tentativo di esposizione tematica della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

(7) M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 1963^o, p. 3.

parte ' rispetto al privato. Questa parola veicola, cioè, un modo specifico di ' sentire ' e di rappresentare il potere, che nella costruzione teorica dei giuristi ottocenteschi sintetizza il massimo di garanzia col massimo di autorità: la soggettività, infatti, implica una libertà pari a quella di un privato nel proporsi certi fini e nel perseguirli concretamente, utilizzando tutto quel complesso di diritti di supremazia che la tradizione regalista moderna riserva allo Stato; ma al tempo stesso circoscrive questo potere, immergendolo entro un diritto oggettivo che sta ' fuori ' di lui e che abilita il privato a far valere egli pure una serie di posizioni soggettive riconosciutegli dall'ordinamento.

Possiamo dunque ritenere, quantomeno in via di ipotesi generale, che la percezione di un diritto amministrativo come branca giuridica autonoma presupponga un'ideologia di questo tipo: cioè che lo Stato, pur senza abdicare al proprio statuto autoritativo, possa venir ad occupare rispetto alla legge la stessa posizione di un privato: concetto che il lessico giuridico dell'Ottocento maturo esprime col vocabolo ' amministrazione '.

Com'è noto, però, fino alla seconda metà del secolo XVIII la parola non solo non possiede assolutamente un significato di questo genere, ma neppure serve ad indicare la nozione che nello stesso linguaggio comune oggi ad essa riconnettiamo — quella di un'attività concreta dello Stato rivolta alla cura immediata di interessi pubblici, e, per estensione, l'apparato organico stesso al quale è rimessa tale attività —. Fino alla fine del Settecento il vocabolo sembra infatti suscettibile di designare concetti assai diversi da questo, come ci attesta ancora la voce corrispondente dell'*Encyclopédie*: accantonati i significati tecnici del tutto estranei al discorso che stiamo facendo⁽⁸⁾, la parola può voler dire alternativamente « régir des biens », cioè amministrare un patrimonio, o « gouverner un Etat », nel senso più ampio possibile dell'espressione⁽⁹⁾. Sarà solo nel corso

(8) « Administrer les sacrements », « des témoins », « une médecine »: cfr. per tutti M. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 8^{ème} éd., Paris, 1805, ad vocem, vol. X, p. 292.

(9) *Encyclopédie des sciences*, vol. I, Paris, 1751, p. 140.

Il primo significato si è mantenuto pressoché intatto anche nel nostro vocabolario attuale, ed è quello comunemente usato dagli scrittori di diritto privato del tempo (amministrazione « della roba », « del feudo », « della

degli ultimi decenni del secolo — già assai prima, comunque, della Rivoluzione — che comincerà a diffondersi il nuovo uso del termine, precisato nella lingua francese dall'attributo « publique »: esso ci è attestato da filosofi come Rousseau, da politici come Necker, da magistrati delle Corti sovrane e da un certo numero di repertoristi all'epoca molto diffusi⁽¹⁰⁾.

Per l'Italia, pur mancando studi specifici sull'argomento, da un sopralluogo necessariamente assai rapido ed artigianale sulle fonti pare di poter rilevare una sostanziale impermeabilità al nuovo significato della parola da parte della cultura giuridica pratica ed accademica⁽¹¹⁾, di contro ad una sua rapida dif-

dote », « del patrimonio », amministrazione « necessaria dei beni del pupillo » da parte del tutore, e così via); il secondo è tipico invece dei giuripubblicisti: « eiusmodi igitur Reipublicae seu Regni administratio a populo commissa, et a magistratu suscepta, est iurium maiestatis, hoc est, negotiorum et bonorum regni et subditorum, secundum naturam conditionemque eorundem, prudens, diligens et iusta cura tractatio, dispensatio et defensio, ad gloriam Dei, et regni atque subditorum salutem directa » (J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta*, Hebornae Nassoviorum, 1614, cap. XXI, § 2, p. 395). Il secondo significato è palesemente derivato dal primo, nel contesto di una concezione paternalistica del potere politico: definendo l'amministrazione, cioè, come la « gestion de ceux qui ont le soin des affaires et des biens de quelqu'un », come nel caso « d'un mineur, d'un furieux, d'un interdit », o anche in quello di una persona giuridica, come sarebbero « des Hopitaux, Communautés, Maisons religieuses » (C. J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1769, vol. I, p. 52), si giunge per estensione all'« amministrazione » che il Principe esercita sul suo Stato.

⁽¹⁰⁾ È inutile soffermarsi specificamente su questa tematica dopo la pertinente ricerca di M. BOULET SAUTEL, *Police et administration en France à la fin de l'ancien régime, Observations terminologiques*, in *Histoire comparée de l'administration*, Actes du XIV Colloque historique franco-allemand, *Beihefte der Francia*, vol. 9, Zurig-Munich, 1980, p. 47 ss.; ma cfr. anche MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, cit., pp. 165-167.

⁽¹¹⁾ Una ricerca condotta sugli archivi lessicali del vocabolario giuridico italiano, presso il Centro di documentazione giuridica del C.N.R. di Firenze, ha sostanzialmente rivelato la presenza, nella legislazione come nella dottrina sei-settecentesca, dei soliti due significati tradizionali del termine; strettamente privatistico il primo (amministrazione come gestione di un patrimonio per conto di qualcun altro: ampiamente rilevabile in pratici come De Luca, Cervellini, Fierli, e particolarmente nei commercialisti, come De Iorio e Marré), e genericamente politico il secondo (« amministrazione dello

fusione negli ambienti politici impegnati nella battaglia riformatrice⁽¹²⁾.

D'altra parte, l'apparire di un concetto-termine non è di per sé indizio sufficiente per affermare la nascita di quella specifica ideologia del rapporto amministrativo di cui sopra si diceva, e che comincia ad essere espressa in formule auto-coscienti del tipo surriferito soltanto a partire dagli anni '20 e '30 del nuovo secolo — come ci è testimoniato, del resto, dal fatto che l'espressione stessa 'diritto amministrativo' si consolida e viene ufficializzata soltanto in questo periodo —. Per inquadrare con una certa consapevolezza il contributo di Romagnosi, che si colloca proprio nella fase di maturazione immediatamente precedente a questa, occorre chiedersi com'è che la parola 'amministrazione' viene ad acquistare un significato giuridicamente connotato, e da concetto di tipo politologico

Stato »). Moltissimi esempi di quest'ultima accezione sono offerti dalle due edizioni delle *Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna*, mentre nell'ambito della dottrina essa si può riscontrare, pur connotata da diverse sfumature, in un gran numero di autori (da Pasqualigo a Pagnini del Ventura, da Lampredi alla traduzione dell'*Esprit des Lois* annotata da Genovesi, fino alla *Scienza di Filangieri*). Come significati intermedi tra i due sopra ricordati, sono frequenti l'amministrazione « della Chiesa », « della giustizia », « della giurisdizione », « del foro » « dell'ufficio », « delle pubbliche rendite », « dei dazii e delle regalie », « del Demanio e patrimonio comunale ». Pressoché sconosciuto, invece, il significato soggettivo di 'amministrazione', che 'esploserà' nei testi costituzionali del periodo giacobino (« Amministrazione del Dipartimento », « centrale », « municipale », « del demanio » ecc.; il termine, tuttavia, è usato ancora prevalentemente in legislazione per indicare una particolare 'Amministrazione', più che l'« Amministrazione » intesa come complesso di tutti gli uffici pubblici non-giudiziari).

(12) Lo troviamo usato, ad esempio, in maniera ormai consapevole dalla Cancelleria di Maria Teresa, nell'atto di varare la grande riforma delle magistrature del 1771, introducendo una prima separazione di competenze tra organi giurisdizionali ed amministrativi: « si è creduto ricondurre con questo mezzo le rispettive incombenze ai loro naturali principî separando dall'amministrazione il giudizio degli affari economici e togliendo in tal guisa la diffidenza che può talvolta eccitarsi nel popolo dal vedere riunite nello stesso corpo le funzioni di giudice e di parte » (ASMi, *Uffici e Tribunali Regi P.A.*, cart. 2, relazione allegata al reale dispaccio 23 settembre 1771). Quindici anni dopo, quando Giuseppe II si sbarazzerà definitivamente della tradizionale struttura magistratuale, il vocabolo comparirà nei suoi dispacci con un'ancor più densa e precisa pregnanza (cfr. *infra*, cap. III, § 1).

o di senso comune perviene a sintetizzare in sé quella particolare idea giuridica del potere come 'controparte' del cittadino.

La problematica, in sé molto nota, può esser ripercorsa criticamente in alcuni dei suoi più ricevuti tentativi di soluzione.

2. Il modello concettualmente più semplice per spiegare il fenomeno è quello che risolve la nascita del concetto di amministrazione nei termini di un evento a carattere costituzionale, ricollegandola alla tematica della 'divisione dei poteri'.

Molto diffuso, come già sappiamo, tra gli amministrativisti del secolo scorso⁽¹³⁾, per fondare storicamente l'oggetto della loro scienza, questo modello si colloca entro una prospettiva cara a tutta la storiografia dell'Ottocento liberale: quella che, qualificando lo Stato d'antico regime come 'assoluto' nel senso deterioro del termine, vi vede un potere politico sottratto per definizione ad ogni vincolo normativo, e ridicibile in tutto e per tutto all'arbitrio del principe⁽¹⁴⁾.

(13) In particolare per i francesi cfr. *supra*, cap. I, § 1. Più vario e articolato è invece il panorama dottrinale italiano, dove un certo gruppo di giuristi della Restaurazione, pur operando nell'ambito di ordinamenti privi di costituzione formale — come tipicamente quello del Regno delle Due Sicilie, in cui fiorisce la più significativa scuola amministrativistica preunitaria — non attenderanno le novità del '48 prima e dello Stato unitario poi per parlare di un diritto amministrativo, e ne riconosceranno l'esistenza anche all'interno di modelli statuali formalmente assoluti (una sintesi critica di questo pensiero in L. MARTONE, *La scienza amministrativa nel Regno delle Due Sicilie (1815-1848), diritto e politica*, in *Riv. trimestrale di diritto pubblico*, XXX (1981), p. 1052 ss.). Giovanni Manna, che resta il più notevole tra i nostri amministrativisti pre-unitari, rintraccerà le origini del diritto amministrativo nella dissoluzione definitiva del sistema feudale e nella progressiva affermazione delle monarchie centralizzatrici sulle spinte autonomistiche dei corpi intermedi (cfr. P. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di giuspubblicisti preorlandiani*, Bologna, 1981, p. 33 ss.). Solo con il consolidarsi delle istituzioni rappresentative la connessione storica tra diritto amministrativo e divisione dei poteri assumerà un ruolo centrale, sull'esempio francese, nella coscienza dei giuristi nostrani (cfr. ad es. LIONE, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino, 1850, p. 89 ss.; S. SCOLARI, *Del diritto amministrativo*, Pisa, 1865², p. 79 ss.; F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1875, vol. I, p. 25 ss.).

(14) Un ruolo fondamentale hanno avuto, nell'imporre questo tipo di presentazione fin quasi ai giorni nostri, gli storici romantici della prima

Nell'ambito di questo contesto non è evidentemente possibile configurare un'amministrazione nel senso sopra descritto. Finché, infatti, la volontà dello Stato, illimitata per definizione e superiore a qualsiasi altra volontà dell'ordinamento, si presenta come qualcosa di assolutamente unitario, non sarà possibile distinguere in alcun modo il momento in cui il principe produce norme giuridiche da quello in cui emana comandi in forma concreta. Sia l'una che l'altra manifestazione risulteranno caratterizzate da una medesima irresistibilità, collocando il sovrano in una sfera superiore a qualunque obbligo legale: un 'dover essere' dello Stato nei confronti dei suoi stessi sudditi non può così configurarsi in alcun modo ⁽¹⁵⁾.

Solo nel momento in cui, attraverso la svolta costituzionale di fine Settecento, il vecchio monolite si scinde in più 'poteri', ad uno dei quali è affidato il compito di 'fare la legge' ed agli altri quello di attuarla, diventa concepibile un'« autobbligazione » dello Stato, come si dirà in seguito: « l'attività di comando dello Stato si consideri isolandola dalla funzione dichiarativa del diritto »: come legislatore, lo Stato potrà conservare senza danno la prerogativa di una volontà irresistibile (giacché per definizione risulta impossibile opporsi alla regola di diritto oggettivo), mentre come amministratore, pur mantenendo intatte le sue facoltà imperative, esso si troverà automaticamente collocato allo stesso livello degli altri soggetti dell'ordinamento, e come loro obbligato al rispetto delle norme ⁽¹⁶⁾.

metà del XIX secolo (da Thierry a Michelet, da Guizot a Perrens), che, individuando i due poli di sviluppo dell'età moderna nella Riforma da un lato (come prosecuzione dello slancio creativo della civiltà medievale) e nella Rivoluzione francese dall'altro, hanno indicato nell'età dell'assolutismo il lungo e cupo intermezzo che ha preluso alla definitiva affermazione della libertà politica ed alla vittoria del terzo stato.

⁽¹⁵⁾ Così V. E. ORLANDO, *La personalità giuridica dello Stato*, in appendice a G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, p. 693.

⁽¹⁶⁾ « In virtù di ripieghi ingegnosi — continua ancora ORLANDO nel *loc. ult. cit.* — lo Stato (sia pure in maniera indiretta e imperfetta) è venuto assoggettando l'attività dei propri organi a quella stessa potestà del diritto la cui dichiarazione è purtuttavia ad esso affidata; e ciò in quanto all'azione degli organi, che agiscono per esso verso i sudditi, son venuti imponendosi dei limiti, al di là dei quali l'azione medesima viene ritenuta contraria al

Questo tipo di ricostruzione dogmatica tende a suggerire, in maniera implicita ma cogente, un modello di evoluzione storica fondato a sua volta su due petizioni di principio, di cui la storiografia meno antica ha ormai dimostrato tutta l'inesattezza.

La prima, evidentissima e già denunciata da moltissimo tempo, consiste nel presupporre che il potere del monarca assoluto fosse realmente svincolato da ogni regola effettiva e sostanzialmente « despotique » — per usare un termine caro all'antica tradizione liberale francese —. Tale presentazione, la cui genesi si può collocare proprio nel periodo del grande scontro settecentesco tra principe e corpi privilegiati⁽¹⁷⁾, è il frutto di un'evidente faziosità politica, di cui la storiografia è riuscita a liberarsi completamente solo nella seconda metà di questo secolo. Quantomeno dagli studi di Mannheim in poi sappiamo invece che né l'ideologia esplicita dell'assolutismo, né l'effettività del sistema politico di cui esso fu parte mai corrisposero a questa *silhouette* troppo semplificata⁽¹⁸⁾. Il principe d'antico regime vive ed opera totalmente immerso in uno *jus inventum* di fatto largamente indisponibile da parte sua, in cui la *société organisée* riconosce e celebra la propria autonomia tradizionale rispetto al potere politico⁽¹⁹⁾, e che viene custodito gelosamente da organi giurisdizionali eretti dalla coscienza collettiva dei ceti emergenti in tutori delle libertà e dei privilegi consuetudinari. Il dato da non dimenticare è che le posizioni rispettive del sovrano e del diritto oggettivo si trovano quasi rovesciate rispetto all'equi-

diritto, e può essere repressa con rimedi giuridici perfetti, e cioè perfino con quelli aventi carattere giurisdizionale ».

(17) L'espressione stessa 'despotisme', come termine atto ad indicare una ben determinata categoria politica, trova le sue origini negli scritti dei paleo-liberali francesi di fine Seicento (D. RICHEL, *Autour des origines idéologiques lointaines de la Révolution française: élites et despotisme*, in *Annales E.S.C.*, XXIV (1969), p. 1 ss.).

(18) Per una sintesi sulle prospettive storiografiche in materia cfr. G. OESTREICH, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo*, in *Lo Stato moderno*, a cura di E. ROTELLI, P. SCHIERA, vol. I, *Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1971, p. 173 ss. Sempre utile anche F. HARTUNG, R. MOUSNIER, *Quelques problèmes concernant la monarchie absolue*, in *Relazioni del X Congresso internazionale di scienze storiche, Storia moderna*, Firenze, 1955, vol. IV, p. 3 ss.

(19) Cfr. per tutti F. OLIVIER MARTIN, *Histoire du droit français*, cit., p. 358 ss.

librio consacrato in seguito dalle codificazioni ottocentesche: il principe è costretto a confrontarsi continuamente con un ordinamento che lo trascende con la sua composita corallità di istituzioni e di fonti distinte, e di fronte al quale egli è costretto ad assumere un atteggiamento di consapevole e doveroso rispetto. Proprio per il fatto di non porsi assolutamente come l'artefice esclusivo dell'ordinamento giuridico, secondo la futura caratterizzazione dello Stato liberale, egli si colloca, nei confronti dei suoi sudditi, come un soggetto rispetto ad altri soggetti, e di norma non misconosce i loro diritti acquisiti e gli stessi privilegi da lui precedentemente concessi. L'uso del suo *jus eminens in bonis subditorum* è limitato a certe ipotesi tipiche, deve essere giustificato dalla *utilitas publica*, ed implica in genere l'obbligo di indennizzare il privato⁽²⁰⁾; la sua

(20) Al di là dei complessi problemi relativi alle origini del diritto di espropriazione (su cui cfr. J. L. MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, in *Jus commune*, XXI (1984), p. 29 ss., in parziale dissenso dalle conclusioni di U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1952, il quale aveva rilevato l'esistenza di un vero e proprio diritto di esproprio per pubblica utilità già nel diritto comune classico), resta il fatto che ancora la dottrina del Sei e Settecento, successiva alle fondamentali teorizzazioni di Grozio in materia, circoscrive il ricorso a questa facoltà ad una serie di casi molto ben definiti: esempi classici sono la distruzione di colture nel caso di avvicinamento del nemico, l'occupazione del fondo per scopi militari, la requisizione dei grani in caso di carestia, la deviazione del fiume in piena su terreni privati quando sia minacciata la pubblica via (per tutti cfr. C. A. DE MARTINI, *Positiones de jure civitatis in usum auditorii vindobonensis*, Vindobonae, 1773, cap. VII, pp. 72-73: per citare un manuale istituzionale assai diffuso in tutta l'area d'influenza austriaca). Lo *jus eminens* si riduce, dunque, in definitiva, ad una facoltà esercitabile solo in ipotesi assai eccezionali. Per poter disporre dei beni dei privati in ogni altro caso — e tipicamente per l'esecuzione di lavori pubblici — il sovrano assoluto ricorre in pratica ad altri strumenti, evitando di mettersi 'a tu per tu' con il privato (ovvero, per esempio, nell'ambito della tradizione francese, attribuendo all'appaltatore di un'opera viaria una sorta di diritto alla vendita forzosa dei fondi necessari per la realizzazione dell'opera stessa; l'eventuale contenzioso essendo rimesso alla cognizione del Consiglio del Re, nelle forme della giustizia ritenuta, il monarca interveniva allora nella sua tradizionale veste di giudice a comporre la lite tra due privati — procedura che dai tempi di Sully si continuerà a seguire fino all'età napoleonica ed oltre: J. PETOT, *Histoire de l'administration des Ponts et Chaussées*, Paris, 1958, p. 55 ss.).

capacità impositiva è esposta ad una quantità di eccezioni che il privato può opporre circa la *causa finalis* del sacrificio richiesto⁽²¹⁾; mentre soprattutto la sua stessa autorità normativa rischia di essere paralizzata ad ogni passo, tutte le volte che, derogando al diritto oggettivo, essa viene ad incidere su posizioni di vantaggio precedentemente riconosciute a città, *collegia* e persone⁽²²⁾. Quello che la dottrina ottocentesca indicherà come il carattere più tipico della funzione legislativa — l'irresponsabilità assoluta di chi la esercita, garantita dalla insindacabilità degli atti correlativi⁽²³⁾ rap-

(21) Pur essendo ormai universalmente riconosciuta ed accettata, dalla metà del Seicento, la specificità pubblicistica del diritto d'imposizione tributaria — che viene correntemente incluso, infatti, nella lista degli *jura regalia* —, permangono ancora in esso forti venature in senso privatistico (come ha rimarcato E. CORTESE, *Intorno alla causa impositionis e a taluni aspetti privatistici delle finanze medievali*, in *Annali di storia del diritto, Rassegna internazionale*, II (1958), p. 111 ss.), fino ad ammettere la *condictio indebiti* ed il risarcimento del danno per il suddito gravato da imposte *sine causa*.

(22) Su questi temi cfr. soprattutto i contributi di G. GORLA, *I Tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione tra Stati*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del III congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1977, vol. I, p. 447 ss.; Id., *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune*, in *Foro italiano*, C (1977) V, p. 191 ss. Questo autore risolve in senso senz'altro positivo l'antica *querelle* se gli ordinamenti d'antico regime riconoscessero o meno diritti soggettivi al cittadino: pur entro i limiti di strumenti di tutela accessibili a (e manovrati da) ceti sociali estremamente ristretti, essi li riconoscevano fino al punto da contrapporli vittoriosamente alla capacità legislativa del sovrano.

(23) Cfr. per tutti P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1964 (1^a ed. *ibidem*, 1882), Band 2, cap. VI; concetto che si può esprimere ancor meglio rilevando con Léon Duguit che il dato caratterizzante di un certo *acte-règle*, cioè di un atto normativo dello Stato, a fronte di un suo atto amministrativo in senso proprio (*acte objectif*), o di un suo atto di diritto comune (*acte subjectif*), consiste nel non dar luogo ad alcun rapporto giuridico tra chi lo pone in essere e chi ne è o ne sarà destinatario (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1923³, vol. II, p. 166 ss.: « par la loi l'Etat donc n'entre pas en relation avec une autre personnalité », mentre ponendo in essere un atto amministrativo esso crea o modifica un rapporto giuridico bilaterale — ed è questo il motivo per cui non esiste un 'droit législatif' corrispondente a ciò che è il diritto amministrativo

presenta una conquista assai tarda dello Stato moderno, come ci attestano le indagini condotte sulla prassi dei grandi tribunali dal Cinquecento al Settecento ⁽²⁴⁾.

L' 'assolutezza' del principe d'antico regime si riduce quindi all'adozione di un certo tipo di processo decisionale, in cui la volontà dello Stato è formata da un unico organo, senza alcuna forma di controllo; il che non significa, però, che quella volontà non debba incontrare ostacoli esterni tali da contrapporvisi validamente sul piano giuridico, e capaci quindi di imporgli il rispetto di una regola conforme agli interessi sociali. Lo stesso, grande problema che costituirà la croce e la delizia di tutta quanta la dottrina giuspubblicistica ottocentesca — quello di spiegare in che modo un ente da cui tutto il diritto promana possa trovarsi a sua volta vincolato dal diritto: problema che trova appunto nella separazione dei poteri la sua risposta appagante — non può essere trasposto acriticamente nella realtà dell'antico regime, per l'ovvio motivo che fino agli

nei rapporti tra Stato-amministrazione e cittadini —). Proprio in quanto la legge statale è la fonte unica del diritto, la sola regola dei rapporti giuridici, risulta impossibile assoggettarla ad un giudizio di cui manca la norma-parametro. La teoria normativista, facendo leva sugli sviluppi del sindacato di costituzionalità delle leggi, dichiarerà in seguito tutti i limiti di quest'ultima concezione: la quale, tuttavia, può qui continuare a essere tenuta presente come la testimonianza più classica dei significati che i giuristi dell'Ottocento maturo riconnettevano al concetto di 'legge'.

⁽²⁴⁾ Oltre a GORLA, *I Tribunali supremi degli Stati italiani*, cit., il quale analizza la prassi delle c.d. *quaestiones voluntatis* e *potestatis*, per mezzo delle quali i privati potevano attaccare gli atti del principe aventi efficacia normativa davanti alle supreme giurisdizioni (p. 480 n.), si ricordi soltanto, per restare entro l'ambito della realtà istituzionale lombarda che costituisce il referente immediato del nostro discorso su Romagnosi, il contributo di U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni politiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, 1972. Il Senato milanese, tipico esempio di quelle grandi magistrature centrali presenti in tutti gli Stati d'antico regime, oltre ad essere titolare del tradizionale potere di interinazione nei confronti degli atti del potere politico, aveva elaborato nel corso dei secoli tutto un complesso strumentario di concetti giuridici per valutare la legittimità delle norme del principe, delimitarne l'efficacia, neutralizzarne variamente l'imperatività in sede applicativa, ponendosi come il garante dell'ordine obiettivo prepolitico (un esempio classico è costituito dall'interpretazione senatoriale degli ordini di Tomar del 1581, *op. cit.*, p. 157 ss.).

inizi del nuovo secolo il diritto non ricade affatto nella libera disponibilità dello Stato.

3. D'altra parte, la ricostruzione che riconnette le origini del diritto amministrativo alla nascita dello Stato di diritto deve essere avvicinata con cautela per un'altra ragione.

Essa dà per scontato, infatti, che già nella fase della maturità dei governi assoluti si possa cogliere la fisionomia di uno Stato-amministrazione grosso modo analogo a quello che costituirà il 'potere esecutivo' nei modelli costituzionali ottocenteschi; cioè che già allora il potere pubblico sia configurabile nei termini (poi familiari a tutta quanto la dottrina ottocentesca) di una volontà orientata ad uno scopo, e che i rapporti tra Stato e suddito siano già definibili come quelli tra due 'persone', tra due soggetti di diritto dotati ciascuno di una sua sfera di autonomia, dei quali l'uno comanda, permette o proibisce, e l'altro soggiace al potere del primo. In altre parole, si presuppone che già esista per lo meno *una* norma di diritto amministrativo — quella che attribuisce tutto il potere allo Stato⁽²⁵⁾; dove con 'potere' si intende appunto qualcosa di sostanzialmente omogeneo rispetto al 'potere' che lo Stato-amministrazione ottocentesco continuerà ad esercitare nel rispetto della legge. La grande differenza rispetto al futuro rapporto amministrativo è che il suddito si trova nei confronti del principe in una posizione totalmente inerme; ma è evidente come all'interno di questa rappresentazione, che è quella del cosiddetto 'Stato di Polizia', si celino già i pilastri portanti della funzione amministrativa ottocentesca: l'unico problema che resta, per quanto serio e grave, è quello di imbrigliare la sregolata volontà pubblica entro argini giuridici precisi, in modo da equilibrare il rapporto già esistente attribuendo al cittadino alcuni diritti che compensino il suo dovere d'obbedienza, ed assegnando allo Stato gli obblighi correlativi. Come lo scultore nella definizione di Michelangelo, insomma, l'Ottocento si limiterà ad esercitare sul grezzo tronco dello Stato d'antico regime un'arte del 'levare': esso non aggiungerà niente

(25) Così infatti per tutti A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, p. 69, nel definire la categoria storica dello Stato di Polizia.

alla fisionomia essenziale del potere amministrativo, ma lo libererà soltanto dalla commistione con la funzione legislativa onde esaltarne la latente vocazione soggettivistica.

Dietro alla marcata discontinuità determinata dalla scossa rivoluzionaria, si viene a delineare così un forte elemento di continuità sostanziale nel modo di essere dello Stato tra Sette e Ottocento. Più o meno implicitamente, si dà infatti per scontato che lo Stato d'antico regime sia già, nella sua essenza elementare, quello che sarà lo Stato-persona del secolo XIX — una struttura burocratica accentrata, che esprime la sua sovranità attraverso manifestazioni di volontà imperativa puntuali e concrete, volte a modificare a proprio favore la posizione giuridica degli altri soggetti.

Questa rappresentazione si attaglia, in realtà, solo ad un campione circoscritto di ordinamenti generali dell'età moderna, ed esprime molto più una linea di tendenza che una realtà positiva. Non solo, infatti, essa risulta obbiettivamente incongrua rispetto alla generalità degli Stati regionali che costituiscono il tessuto connettivo dell'Europa continentale, ed in cui l'esperienza assolutistica si manifesta in forme assai compromissorie e mediate⁽²⁶⁾; ma sembra anche incapace di dar conto validamente, secondo la migliore dottrina, del caso forse storicamente più imponente di ordinamento assolutistico, quello francese, che è fondato su una integrazione strutturale tra potere del monarca e potere delle burocrazie 'privatizzate' di carattere giurisdizionale⁽²⁷⁾. In ogni caso, inoltre, è sicuro che la dottrina giuridica dell'antico regime non possedette mai una coscienza abbastanza precisa di questo modello ipotetico da riuscire ad offrirne una ricostruzione coerente sul piano dogmatico.

È vero che tutta la tradizione statualista dal Seicento in poi sta lì a dimostrare, con la sua cristallina equazione tra volontà li-

(26) Una sintesi sul tema è offerta da R. GERHARD, *Regionalismo e sistema per ceti, tema di fondo della storia moderna*, in *Lo Stato moderno*, cit., vol. II, p. 193 ss.

(27) Il tentativo di estendere all'esperienza francese la categoria d'origine germanica dello Stato di Polizia, compiuto a suo tempo da Berthélémy nella *Préface* alla traduzione francese dell'opera di Otto Mayer (*Le droit administratif allemand*, Paris, 1903), è stato in effetti dichiarato inammissibile dalla migliore storiografia amministrativistica (J. L. MESTRE, *Des recherches sur l'histoire de la science du droit administratif en Europe*, in *Annuaire européen d'administration publique*, IV (1983), p. 885 ss.).

bera e personalità politica, come da gran tempo la dottrina avesse abbandonato il modello dello Stato-*jurisdiction* per convertirsi a quello dello Stato-volontà, dello Stato, cioè, come soggetto sovrano. Senonché, tale personalizzazione concettuale del potere, quantomeno fino al Settecento più maturo, non riesce a superare la soglia del potere costituzionale supremo, cioè dell'organo individuale o collegiale definito come 'principe' dal linguaggio politologico; mentre il resto della struttura pubblica continua ad esser rappresentato utilizzando moduli assai diversi, che prescindono largamente dall'idea di una soggettivizzazione dell'autorità.

Per precisare meglio il nostro discorso, può essere utile richiamare innanzitutto la distinzione tra amministrazione diretta e amministrazione indiretta⁽²⁸⁾ ovvero, se si preferisce seguire la terminologia francese tradizionale, quella tra *service* e *police*⁽²⁹⁾. È indubbio che rispetto allo Stato ottocentesco quello d'antico regime riservi un posto estremamente limitato alla gestione diretta di servizi⁽³⁰⁾. O meglio: anche se è vero che vi sono nelle monarchie più evolute alcune grandi branche dell'attività dello Stato consa-

(28) H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1959, p. 284 ss.

(29) Anche se questo distinguo, beninteso, coincide solo in modo molto approssimativo con l'altro, e subisce fluttuazioni di significato estremamente rilevanti in senso diacronico (cfr. ad es. DE GÉRANDO, *Institutes*, cit., vol. I, pp. XII-XIII; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921¹⁰, p. 467 ss.; CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, 1982, t. II, p. 15). Dietro alle differenze, resta però un *quid commune*, nel riportarsi alla stessa generalissima distinzione tra un 'fare' ed un 'comandare' dello Stato.

(30) In particolare, com'è noto, gli Stati d'antico regime non dispongono altro che in misura limitatissima di servizi d'istruzione, di assistenza e di sanità pubblica, posto che tutte queste funzioni — che nel corso dell'Ottocento saranno massicciamente pubblicizzate — risultano gestite in prevalenza dal clero e da altre istituzioni infrasocietarie, che il monarca si accontenta di controllare ed indirizzare. Tutta l'attività di percezione delle entrate fiscali viene ordinariamente appaltata a privati, quantomeno fino agli ultimi decenni del Settecento; mentre lo stesso reclutamento dell'esercito è largamente delegato, fino alla stessa epoca, all'iniziativa degli ufficiali, veri e propri imprenditori che forniscono al Re unità già costituite, e ne sono retribuiti à *forfait* (LEGENDRE, *Storia dell'amministrazione in Francia*, cit., p. 196 ss.).

crate per tempo alla produzione di utilità — si pensi al servizio delle poste e messaggerie, o più ancora all'amministrazione dei ponti e strade della corona francese, che viene istituzionalizzato in forma autonoma già dal 1713 —; tuttavia la cultura giuridica tradizionale, con le sue solite vischiosità, non riesce a cogliere la novità ed il valore di queste esperienze (che, com'è stato notato, costituiscono da tutti i punti di vista l'ala marciante dell'amministrazione moderna), relegandole in un mondo della prassi assolutamente non interferente con la dogmatica delle funzioni statali, ed abbandonandone la definizione e gli sviluppi tecnico-giuridici all'inventività di oscuri pratici⁽³¹⁾. Tale disinteresse deve essere sottolineato, poiché certo, se vi fosse stata una focalizzazione dell'importanza di questo tipo di attività, il problema della soggettività amministrativa non avrebbe potuto non porsi impellentemente sul piano teorico: colto nell'atto di procurarsi i mezzi necessari alla costruzione di infrastrutture o all'erogazione di servizi — attività accessibili anche ad un privato — lo Stato avrebbe dovuto per forza svelare la propria nuova fisionomia di soggetto-agente.

Al contrario, per la cultura giuridica ufficiale l'unica funzione caratterizzante dello Stato — oltre a quella più antica e tradizionale di assicurare la *justice* applicando il diritto oggettivo alle controversie tra i privati — è costituita dall'attività di *police*: ovvero dalla regolamentazione dei comportamenti dei sudditi finalizzata ad uno scopo di ordine e di benessere sociale. Lo Stato d'antico regime, quale emerge dalle pagine dei vecchi dogmatici, non agisce direttamente sulla società attraverso un intervento diretto, ma ne disciplina e ne controlla continuamente la dinamica attraverso un fitto reticolo normativo. Molto più 'gendarme', in questo, dello Stato ottocentesco, che assumerà in proprio una quantità di servizi, esso si fa carico della felicità dei sudditi prescrivendo, vigilando e punendo affinché ciascuno si comporti, in ogni circostanza della vita, in modo funzionale al conseguimento del bene comune. Polizia economica a tutela dell'abbondanza, polizia dei mestieri a tutela della produttività sociale, polizia religiosa a tutela del benessere spirituale, polizia sanitaria a tutela della salute, polizia della *voirie*

(31) Cfr. ancora PEROT, *Histoire de l'Administration des Ponts et Chaussées*, cit., pp. 12-16.

a tutela dei beni d'uso pubblico: tutto un colossale sistema di prescrizioni attraverso il quale il principe surroga la sua scarsa capacità di operare in prima persona sul sociale, creando nei suoi governati una quantità di obblighi non solo astensivi, ma anche 'di fare'. Questa è appunto la rappresentazione canonica delle funzioni statali cara non solo alla trattatistica specifica in materia di *police* ⁽³²⁾, ma anche alle grandi *summae* del tardo giusnaturalismo, nelle quali la cultura giuridica rintraccia in qualche modo la propria teoria generale ⁽³³⁾.

Ora, non c'è dubbio che la dottrina settecentesca riconosca in pieno la specificità pubblicistica delle norme di *police*, in relazione al loro particolare contenuto (che del resto, depurato dai suoi capitoli più illiberali, transiterà in gran parte nel diritto amministrativo ottocentesco). Solo, appunto, che tale specificità sembra esaurirsi sul piano contenutistico, senza che la dottrina riesca a

⁽³²⁾ Di cui tutto il Settecento francese è ricchissimo, dal classico DE LA MARE, *Traité de la Police*, Paris, 1705-1710, che ne costituisce il modello più autorevole, fino alla repertoristica specializzata per settori della fine del secolo (una panoramica di questa letteratura ancora in MESTRE, *Introduction historique*, cit., p. 165 ss.). Un'analisi sulla corrispondente produzione tedesca (da Justi a Von Mohl), attenta in particolare a stabilirne l'esatto rapporto rispetto alla letteratura camerale, in P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato, Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968, soprattutto p. 135 ss.; cfr. anche E. BUSSI, *I principii di governo nello Stato di Polizia*, Cagliari, 1954, pubblicata quello stesso anno in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IV (1954), p. 800 ss.; ID., *Stato, sudditi e sovrano nei giuristi tedeschi del XVIII secolo*, Padova, 1956.

⁽³³⁾ L'osservazione è immediatamente verificabile nell'ambito del mondo germanico, dove la grande opera di Wolf ha offerto il fondamento filosofico per giustificare un penetrante intervento dello Stato in tutti gli aspetti della vita individuale e collettiva; ma non è meno vera per l'area francese, che già saluta nel *Droit Public* di Domat un grande ed organico quadro di tutti i doveri « artificiels » che sono imposti agli uomini dalla necessità di vivere insieme. Una centralità ancor maggiore è attribuita alla *Police* nei trattati generali di diritto pubblico *ad usum delphini* elaborati dagli istitutori dei principi (da Fleury a Moreau: su questa letteratura sempre importante la sintesi di G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « jus privatum » et du « jus publicum » dans les oeuvres des anciens juristes français*, in *Archives de Philosophie du droit*, I (1952), p. 9 ss.).

costruire su di essa una dinamica applicativa diversa rispetto a quella di un procedimento giurisdizionale. Alla specificità delle norme, cioè, non fa riscontro, sul piano teorico, la specificità di una *funzione* concettualmente contrapponibile a quella di giudicare. Quando si tratta di qualificare l'attività degli organi competenti in materia di *police*, i trattatisti restano per lo più muti, rinviando implicitamente all'unico modulo di gestione concreta del potere che essi conoscono, quello giurisdizionale⁽³⁴⁾.

(34) Com'è stato di recente rimarcato, al di là delle nuove teorie politiche sull'origine e sulla funzione dello Stato, la totalità della cultura giuridica non riesce ancora a liberarsi dal « principe fondamental selon lequel tous les actes de pouvoir visent la réalisation de la justice », ovvero dalla vecchia dogmatica medievale che ordina i poteri pubblici secondo i mezzi e non secondo i fini (A. M. HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du jus commune dans le domaine de l'administration*, in AA.VV., *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, coll. *Jus commune*, vol. 21, Frankfurt, 1984, p. 1 ss.).

L'osservazione trova conferma ed ulteriore estensione — ci pare — aprendo un qualunque trattato settecentesco di diritto di polizia; il quale, ammesso pure che sul piano contenutistico corrisponda effettivamente — secondo una diffusa opinione — « aux traités ou dictionnaires actuels de droit administratif » (OLIVIER MARTIN, *Histoire*, cit., p. 562), se ne allontana però di innumerevoli anni luce sotto il profilo formale e dogmatico. Per i giuristi dell'Ottocento il diritto amministrativo sarà quello che regola la funzione amministrativa, intesa come un modo specifico dell'attività dello Stato; per i vecchi repertoristi, al contrario, il diritto di Polizia è semplicemente quello prodotto dal Principe « pour l'utilité commune des peuples considérés comme corps politiques » (così tipicamente *Le Grand Vocabulaire français, Société de gens de lettres*, Paris, 1767, « Droit Public », *ad vocem*): dove non risulta assolutamente rilevante, ai fini di una definizione della *species*, il o i soggetti a cui le norme correlative si rivolgono, o ancora il tipo di procedura specifica adottato per farle valere, ma basta la sua generica finalizzazione ad uno scopo di pubblica utilità.

Tale carattere aspecifico del *droit de police* è per altro verso avvalorato dal fatto che i correlativi *Traités* contengono un gran numero di disposizioni penali: le quali, certo, rinviano assai spesso, per la definizione dell'ipotesi di reato, ad un precedente procedimento amministrativo *ante litteram* (tipicamente, dichiarando punibile chi compie certi atti o svolge certe attività senza autorizzazione o concessione, od in maniera difforme da esse). Ma la norma, ed il giurista che la commenta, non riescono per lo più a cogliere la specificità del meccanismo amministrativo e delle sanzioni

Se dunque, aprendo un qualunque trattato settecentesco di diritto pubblico, noi osserviamo l'immagine dello Stato che esso ci rinvia, risulta certamente evidente come ormai alla figura statica del sovrano-giustiziere d'origine medievale si sia sostituita da gran tempo quella del sovrano-protagonista politico, esaltata da tutta la cultura sei-settecentesca e destinata a trovare nella libera creazione della legge il suo momento di più tipica realizzazione. Una volta, però, che il principe ha dettato la sua regola ⁽³⁵⁾, si tratta di conferirle effettività: è qui, allora, che la modellistica dello Stato giurisdizionale tende fatalmente a riprendere campo, proponendo più o meno implicitamente il concetto di un'amministrazione 'per tribunali', da cui è per definizione bandita ogni manifestazione di volontà soggettiva a carattere negoziale.

Secondo la ben nota dimostrazione kelseniana, non esiste alcun motivo d'ordine logico perché una norma debba esser fatta osservare da un organo giurisdizionale invece che da un organo c.d. 'amministrativo': le due attività sono perfettamente equivalenti e

peculiari che ad esso già implicitamente si riconnettono — consistenti appunto nella privazione del bene della vita colpito dall'atto amministrativo, con cui, per esempio, si rifiuta un'autorizzazione, o si sottopone l'esercizio di particolari attività a speciali condizioni onerose per l'interessato —, e continuano a 'vedere' soltanto la responsabilità penale in cui quest'ultimo incorre nel contravvenire all'atto stesso. Per quanto, cioè, già esista la figura sostanziale dell'atto amministrativo, essa non assume rilievo che come elemento costitutivo di una fattispecie criminosa. Tale 'assorbimento' del futuro diritto amministrativo da parte del diritto penale si può d'altronde iscrivere in una naturale tendenza dello spirito umano, per il quale la sanzione penale — che si richiama all'archetipo elementare di una vendetta — è sempre più facilmente percepibile di una sanzione mirante alla reintegrazione in forma specifica dell'ordine giuridico violato: fino al punto che questa seconda acquista una sua autonomia, e può dunque essere usata coscientemente come sanzione, solo dopo una progressiva maturazione intellettuale (M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. a cura di P. Rossi, Milano, 1961, vol. II, p. 7).

⁽³⁵⁾ La quale, del resto, può essere benissimo posta anche da altri protagonisti dell'ordinamento dotati di facoltà coercitive: tipicamente, dalle stesse magistrature superiori, che attraverso gli *arrêts de règlement* trasformano in competenza normativa la loro autorità giurisdizionale (nell'esperienza francese, com'è noto, una gran parte del diritto di polizia era prodotto dai Parlamenti: M. ROUSSELLET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, 1957, vol. II, pp. 357-365).

la scelta per l'una o per l'altra dipende esclusivamente da motivi empirici e storici ⁽³⁶⁾. Nell'ultimo scorcio di vita dell'antico regime risulta spesso assai difficile distinguere tra 'giudici' ed 'amministratori'. Sul piano teorico, l'unica differenza essenziale tra gli uni e gli altri consiste nel fatto che un 'giudice' continua sempre ad occupare una posizione di neutralità formale rispetto al rapporto su cui si agita controversia, mentre l'amministratore è parte esso stesso di un rapporto giuridico con altri soggetti, ed usa del potere di cui è investito per realizzare un proprio interesse istituzionale ⁽³⁷⁾. La stessa presenza di una controversia in atto — sovente addotta, in passato ma ancor oggi — come elemento caratterizzante dell'attività giurisdizionale rispetto a quella amministrativa, non è di per sé decisiva per distinguere: di fatto, ogni procedimento amministrativo implica una controversia materiale tra privato ed amministrazione che sarebbe puntualmente trasponibile in forma giurisdizionale ⁽³⁸⁾ mentre viceversa anche negli ordinamenti attuali è ipotesi consueta il ricorso al giudice in una serie di casi in cui non è configurabile alcun litigio.

Questa contiguità tra le due funzioni è particolarmente evidente nella realtà istituzionale immediatamente precedente a quella che Romagnosi si troverà di fronte nel corso della sua attività sotto la monarchia napoleonica: ovvero nel modello amministrativo offerto dalla lombardia austriaca prima delle grandi riforme giusepine degli anni '80. Com'è noto, esso costituisce un classico esempio di amministrazione per organi giurisdizionali ⁽³⁹⁾, che, ancorché po-

⁽³⁶⁾ KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 279 ss.

⁽³⁷⁾ Per tutti, F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975⁵, p. 202.

⁽³⁸⁾ La dimostrazione di questo asserto è ancora offerta da Kelsen, analizzando un procedimento autorizzatorio (ma sembra che essa possa indifferentemente valere anche per procedimenti di altro tipo, ablatori o concessori): *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 279.

⁽³⁹⁾ Egregiamente rappresentativo, in particolare, della struttura di molti ordinamenti politici a carattere regionale dell'antico regime, in cui la vita sociale è governata da « un sistema di giurisdizioni particolari, di autonomie, di feudi, di privilegi, di immunità... sino alla fine del XVIII secolo » (G. CHITTOLINI, *Alcune considerazioni sulla storia politico-istituzionale del tardo Medio-evo: alle origini degli 'stati regionali'*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento*, II (1976), p. 417).

co studiato sotto il profilo della qualificazione giuridica degli organi e della loro attività, ci presenta un vasto campionario di figure interessanti ⁽⁴⁰⁾.

Un caso paradigmatico, che scegliamo perché facilmente ricostruibile, è costituito dall'attività di cura del demanio stradale, che resta affidata ad un « giudice delle strade » quantomeno fino al 1777, quando si passa al sistema dell'amministrazione diretta per le vie di comunicazione di maggiore importanza ⁽⁴¹⁾. La condizione per svolgere in forme giurisdizionali questa funzione era costituita da una normativa ispirata al principio generale di porre la manutenzione delle strade interamente a carico dei singoli proprietari frontisti, dei consorzi privati interessati e delle comunità locali, secondo quello che era del resto un dogma della *police de la voirie* di un po' tutti gli ordinamenti dell'epoca: le persone degli obbligati e gli oneri correlativi erano definiti da norme in parte di fonte regia, in parte statutarie o consuetudinarie. Sulla base di questa premessa è possibile qualificare come un 'giudizio' tutta l'attività autoritativa dei pubblici poteri volta ad assicurare l'adempimento di tale complesso di obblighi. La connotazione in senso giurisdizionale della funzione è fortissima nel disegno originario delle *Novae Constitutiones* ⁽⁴²⁾, né risulta offuscata dalla non-necessità di

⁽⁴⁰⁾ Sulle istituzioni lombarde d'antico regime, pur nell'ambito di una letteratura quanto mai ricca ed in continuo aumento che trova il proprio fulcro nell'età delle riforme teresiane, lo studioso interessato ai profili più specificamente giuridici dell'organizzazione e della funzionalità del sistema è ancora costretto a rivolgersi a contributi assai invecchiati, come quello di A. VISCONTI, *La pubblica amministrazione nello Stato milanese durante il predominio straniero (1541-1796)*. Saggio di storia del diritto amministrativo, Milano, 1913 (reprint 1972).

⁽⁴¹⁾ Cioè per quelle « regie » e « provinciali ». Ma il giudice sopravvisse ancora fino al 1786, svolgendo le stesse funzioni di prima nell'ambito del demanio stradale residuo.

⁽⁴²⁾ *Novae constitutiones domini mediolanensis*, L. IV, tit. XIII, *De viis muniendis et pontibus manutenendis* (ed. Mediolani, 1573, f. 98), dove del resto non si fa che confermare il profilo di questo *officium* già delineato negli statuti comunali del 1396. Il *corpus* normativo delle *Novae constitutiones* — ricordiamo — fu largito da Carlo V per il suo Ducato milanese nel 1541, e rimase in vigore durante tutto il periodo della dominazione spagnola e di quella austriaca ad essa successiva, fino alle grandi riforme di fine Settecento che ridisegnarono completamente il volto dello Stato.

una effettiva controversia tra parti private⁽⁴³⁾: eccettuata la circostanza che l'atto di citazione degli obbligati legali è ordinato direttamente dal giudice⁽⁴⁴⁾, il procedimento si svolge secondo gli stili di qualunque processo giurisdizionale, articolato grosso modo nelle due fasi distinte della cognizione e della esecuzione. Nel corso della prima, i pretesi obbligati « de jure et consuetudine » potevano contestare l'addebito in fatto e in diritto, per essere infine assolti o condannati all'adempimento delle prestazioni loro imposte dalla norma; mentre per eseguire la sentenza di condanna i convenuti dovevano essere ammessi a provare di avere nel frattempo provveduto ad eseguire le opere loro accollate dal giudice, e solo in caso di ulteriore inadempienza si procedeva alle riparazioni d'ufficio, accollando ai condannati le spese, salva la loro ulteriore responsabilità penale. Le pronuncie di questo magistrato avevano

(43) La quale, tuttavia, tornava a configurarsi nel momento in cui il convenuto avesse sostenuto di non essere lui il vero obbligato, chiamando perciò in giudizio, in tale qualità, un'altra persona; in questo caso il procedimento riprendeva a tutti gli effetti la fisionomia classica di un processo di parti, rispetto alle quali il giudice tornava ad assumere la sua tradizionale posizione di terzietà.

(44) Si noti come questa circostanza, cioè il fatto che « uno dei due contraddittori sia l'autore stesso dell'atto » all'emanazione del quale il procedimento è finalizzato, non sia assolutamente rilevante per negare ad esso la qualifica di « processo »: anche a voler prescindere dalla considerazione assai ovvia che all'epoca tutti i processi penali si svolgevano secondo un modello di tipo inquisitorio, e che nessuno pensava, soltanto per questo, che potesse non trattarsi di veri « processi », resta il fatto che anche la dottrina odierna ammette comunemente che il dato contraddistintivo di un « processo » rispetto ad un qualsiasi altro procedimento è costituito soltanto dalla possibilità di un contraddittorio (E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 1072), ritenendo sufficiente che l'autore del provvedimento « sia posto, durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento, quand'egli sia organo munito d'imperio), sullo stesso piano del proprio contraddittore, in una posizione che sostanzialmente corrisponda e si equivalga con la posizione di costui » (*ibidem*: condizione sicuramente verificabile nel funzionamento delle istituzioni che stiamo studiando). Per una tesi, d'altronde, ancora più concessiva nell'estendere la nozione di 'processo' cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trimestrale di diritto pubblico*, II (1952), p. 118 ss.

tutti i caratteri degli atti giurisdizionali, ed erano impugnabili davanti al Magistrato Camerale, suprema autorità in materia di amministrazione e finanza sedente in Milano ⁽⁴⁵⁾.

Una procedura più agile, destinata a rimanere in vigore per tutto il resto della vita di quest'organo, fu codificata già a partire dalla fine del XVI secolo ⁽⁴⁶⁾, prevedendo che il giudice, nel corso di un'ispezione annuale di tutte le strade dello Stato, notificasse a tutti quegli obbligati di cui avesse constatato l'inadempienza, dopo averli sentiti sul posto, un « precetto » contenente l'intimazione ad eseguire i lavori a loro carico. L'inadempimento dava luogo ad una responsabilità per le spese, ma contro il precetto si poteva sempre ricorrere al Magistrato Camerale, al fine di provocare un vero e proprio giudizio di merito.

È chiaro che specie in quest'ultima forma il procedimento giurisdizionale sembra avvicinarsi di parecchio all'economia di un procedimento amministrativo: certamente il 'giudice' ha ormai abbandonato del tutto il cliché dell'arbitro imparziale di una controversia tra privati, per trasformarsi nel responsabile promotore di quel particolare tipo di interesse pubblico costituito dalla buona conservazione del demanio stradale.

Resta però sempre un dato discriminante di fondo rispetto a ciò che sarà la futura funzione amministrativa: e cioè che, sebbene sia la sentenza che l'atto amministrativo si presentino come norme a carattere secondario rispetto alla legge, la prima interviene sempre, per definizione, a rinnovare un obbligo *già esistente* per il privato, definito in termini generali dal diritto oggettivo, e da lui trasgredito; mentre il secondo crea esso stesso quell'obbligo, costituendo o modificando una situazione giuridica concreta attraverso una manifestazione di volontà dell'autorità pubblica. Per questo, l'atto amministrativo, diversamente dalla sentenza, è un atto a fattispecie negoziale, non dissimile dagli atti di autonomia privata, dai quali si distingue soltanto per il suo specifico contenuto autoritativo.

⁽⁴⁵⁾ Su tutta questa procedura cfr. VISCONTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 351 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si tratta di un'ordinanza del 24 aprile 1590, poi rinnovata l'11 maggio 1695: un vero, minuziosissimo codice degli obblighi delle comunità e dei proprietari nei confronti dello Stato per ciò che riguardava la costituzione e la manutenzione delle strade.

Il « precetto » del giudice delle strade, invece, non crea e non modifica alcun obbligo nelle persone dei sudditi, ma si limita a sanzionare quelli posti già a loro carico dalla normativa vigente: la quale non attribuisce quindi al magistrato alcun potere di disporre dei diritti dei sudditi (e pertanto non può essere rubricata come « amministrativa » nel senso tecnico che l'aggettivo assumerà nel corso dell'Ottocento). Il « precetto », allora, non avendo altro scopo che quello di anticipare in via provvisoria gli effetti della sentenza per rendere più spedito l'*iter* processuale — secondo una tecnica del resto ancor oggi quotidianamente impiegata nel processo civile — resta a tutti gli effetti un atto giurisdizionale, il cui contenuto essenziale è quello di *accertare un illecito* e di porvi rimedio. Una ipotetica trasposizione in forma amministrativa di questa attività vorrebbe al contrario che la norma primaria si rivolgesse al magistrato conferendogli l'autorità di *creare liberamente la norma secondaria*, cioè di determinare di volta in volta l'entità degli obblighi e le persone degli obbligati, sulla base di criteri e di procedimenti più o meno definiti; in modo da istituire un vero rapporto giuridico tra Stato e suddito per ciascuno degli atti posti in essere dall'Amministrazione.

Ma ciò che manca nella Lombardia del Settecento è proprio un'« Amministrazione », come complesso di organi incaricati esclusivamente di compiere atti negoziali per la soddisfazione del pubblico interesse, e non di accertare situazioni di diritto. Se è vero, infatti, che anche le antiche magistrature, nell'esercizio della loro attività di polizia, emanavano sovente atti che oggi non esiteremmo a rubricare come provvedimenti amministrativi (ordini, autorizzazioni e così via), tali comportamenti, pure, o si iscrivevano in margine a procedimenti di tipo giurisdizionale, o si riconnettevano in qualche modo a quella capacità normativa regolamentare che in genere ogni autorità esercitava nell'ambito delle sue specifiche competenze, e che veniva ritenuta una componente in qualche modo naturale del suo *ius dicere* ⁽⁴⁷⁾. Sembra quindi, che il Capitano di

(47) A tal punto che, nel linguaggio dei giuristi del *Justizstaat*, il vocabolo *iusdictio*, che indica in genere l'unico modulo funzionale pensabile di esercizio del potere, funge da termine medio tra *aequitas* e *condere leges* (è Irnerio, infatti, che fissa l'equazione *iusdictio = aequitatem sta-*

Giustizia, il Magistrato di Sanità, il Giudice delle Vettovaglie, i giudici dell'olio e del vino, il Magistrato Camerale e tutte le altre magistrature minori incaricate di soddisfare ai pubblici bisogni del Ducato milanese si configurassero ancora nel corso del Settecento come organi a carattere 'giurisdizionale', al pari del giudice delle strade che abbiamo assunto ad esempio.

Tale loro qualificazione giuridica non è che il riflesso di quel monopolio del potere detenuto ancora, specie in molti Stati regionali dell'epoca, dalle vecchie aristocrazie di toga, al quale si associa naturalmente un *ethos* di casta che esalta come valori supremi l'indipendenza rispetto al potere politico, il culto del diritto di fonte extrastatale, l'imparzialità e l'autonomia, e conseguentemente esprime un profilo funzionale non connotabile in termini volontaristici e soggettivistici.

Man mano, invece, che il principe riuscirà a consolidare una struttura funzionariale 'per commissari', saldamente accentrata e da lui dipendente in modo diretto, prefigurando una gerarchia di uffici in cui il potere non è più assunto ad oggetto di appropriazione personale o familiare⁽⁴⁸⁾, tenderà ad emergere una nuova dogmatica, che presenterà la funzione pubblica come un prolungamento della personalità volitiva del principe, come attività interessata e 'di parte', come sequenza di atti negoziali finalizzata al perseguimento immediato del pubblico interesse.

Ciò che si ottiene è una configurazione del potere indubbiamente più cruda; la relazione tra Stato e suddito non si risolve più in un rapporto tra giudice e giudicato, ma in una contrapposizione tra due 'persone', tra due sfere d'interesse di segno contrario, tra due libertà soggettive, una delle quali risulta naturalmente dotata della capacità di incidere unilateralmente i diritti dell'altra.

tuere): P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969, p. 34 ss.

⁽⁴⁸⁾ Questo più di ogni altro sembra costituire, evidentemente, l'elemento decisivo per connotare una moderna organizzazione burocratica: solo nel momento in cui vi è distinzione tra ufficio e funzione, ed il pubblico operatore non ha più in proprietà i mezzi d'amministrazione, cioè il potere correlativo alla sua carica, si pongono le condizioni per poter parlare di uno Stato amministrativo (WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 215 ss.).

Nella Lombardia austriaca, il processo verso la costruzione di un' « Amministrazione » in senso istituzionale cominciò a muovere i suoi primi passi solo negli anni '50 del secolo, ricevette una forte accelerata nel 1771, e si compì soltanto con la grande riforma del 1786, che spazzò via definitivamente le vecchie magistrature sostituendovi un apparato burocratico centralizzato e ripartito per ministeri di tipo moderno⁽⁴⁹⁾. Prima della crisi rivoluzionaria, così, non vi fu molto tempo per elaborare una nuova dogmatica delle funzioni pubbliche in sede dottrinale — una volta, pure, divenuta inservibile tutta la vecchia tradizione pubblicistica autoctona, consolidatasi nel Ducato a partire dalle *Novae Constitutiones* (50). Quando perciò Romagnosi metterà mano a costruire le sue nuove definizioni, si troverà a scrivere su di una pagina completamente bianca, da cui è stata rimossa ogni traccia del passato anteriore all'introduzione delle nuove istituzioni francesi.

Sul piano dottrinale, contributi decisivi non potevano venire nemmeno dai grandi sistematizzatori del diritto pubblico francese sei-settecentesco, che pure avevano avuto il privilegio di assistere

(49) La riforma dell'86 rappresenta l'epilogo — invero abbastanza brusco — della politica accentratrice iniziata da Maria Teresa dalla metà del secolo. Scorperate definitivamente le funzioni giurisdizionali da quelle amministrative, queste ultime furono affidate ad un « Consiglio di Governo » centrale, diviso in dieci dicasteri corrispondenti alle principali incombenze dello Stato (affari esteri, economia, cura del demanio, finanze, interni, affari del culto e così via), mentre l'amministrazione locale venne ristrutturata in « congregazioni provinciali », composte da funzionari onorari eletti a livello locale ma saldamente controllati dal Governo. Alla morte di Giuseppe II, la prudenza suggerirà a Leopoldo di temperare le 'rottture' istituzionali più marcate del suo impaziente cugino restituendo alla tradizione qualcuno dei suoi diritti: la storiografia è comunque concorde nel riconoscere che si trattò di modifiche più formali che sostanziali, dettate soprattutto da una accortezza politica di breve periodo (sulla politica costituzionale di Giuseppe II in Italia, tra le cose più recenti, S. CUCCIA, *La Lombardia alla fine dell'ancien régime. Ricerche sulla situazione amministrativa e giudiziaria*, Firenze, 1971; C. CAPRA, *Lo sviluppo delle riforme asburgiche nello Stato di Milano*, in AA.VV., *Dagli Stati preunitari all'unificazione*, Bologna, 1981 (a cura di N. RAPONTI)).

(50) Quella dei Carpanus, dei Garonus, dei Ruginellus, dei Benalia e così via: ampiamente utilizzata e sintetizzata da VISCONTI, *La pubblica amministrazione*, cit.

assai precocemente al tentativo del sovrano di costruirsi una burocrazia centralizzata da contrapporre al potere tradizionale delle aristocrazie togate. La loro dogmatica delle funzioni pubbliche, pur condotta ad un livello di notevole raffinatezza, risultava infatti costruita prescindendo completamente dall'esistenza di un'« Amministrazione ». Lo stesso tentativo di distinguere l'attività dello Stato nei due grandi tronconi della « Justice » e della « Police » che troviamo al centro dell'attenzione di autori come Loyseau⁽⁵¹⁾, Bacquet⁽⁵²⁾ e Domat⁽⁵³⁾ non presenta evidentemente la benché minima relazione con il distinguo tra attività giurisdizionale ed attività amministrativa: la coppia di concetti rinvia infatti al vetusto conflitto tra *officiers* e *seigneurs* — ovvero tra titolari di cariche istituite dal sovrano e titolari di antiche giurisdizioni feudali —, che già dal Seicento ha perso ormai ogni rilievo politico. La bipartizione era servita a suo tempo agli *officiers* per sostenere che mentre l'esercizio della *justice* poteva naturalmente ripartirsi tra *seigneurs* e delegati del re, la *police* doveva interamente spettare a questi ultimi, essendo finalizzata immediatamente alla soddisfazione di un interesse generale⁽⁵⁴⁾. Una disputa assai datata, che niente aveva a che vedere con la nuova, e ben più drammatica contrapposizione, destinata a segnare profondamente la fisionomia del Settecento francese, tra 'justice' e 'administration', cioè tra la *gens de robe* proprietaria delle cariche e gli antesignani del futuro funzionario burocratico derivati dall'antico *commissaire*, che riconoscevano nell'intendente il loro modello⁽⁵⁵⁾.

(51) CH. LOYSEAU, *Traité des Seigneuries*, L. III, VIII e IX.

(52) J. BACQUET, *Traité des droits de justice*, chap. XXVIII (in *Oeuvres*, Paris, 1744, t. I, p. 415 ss.).

(53) J. DOMAT, *Le Droit Public*, L. II, tit. I, sect. I (per quest'opera utilizziamo l'edizione parigina del 1756, qui a pp. 146-154).

(54) La tesi non è del resto unanimemente accolta dagli antichi giuristi: per es., nel *loc. ult. cit.* Loyseau vi si dichiara contrario ed attribuisce la *police* cumulativamente a *seigneurs* e *officiers*.

(55) Sull'emersione della figura del *commissaire* e sul suo rapporto dialettico con l'antico *officier* restano ancora fondamentali i saggi di Otto Hintze (e segnatamente *Il commissario e la sua importanza nella storia generale dell'amministrazione* e *Il ceto dei funzionari*, ambedue ora in O. HINTZE, *Stato e società*, trad. it. a cura di P. SCHIERA, Bologna, 1980,

Mentre il nuovo dualismo, di cui la dottrina non prese coscienza che assai tardivamente, rinviava alla distinzione tra due tipi di attività, tra un 'fare' e un 'giudicare' dello Stato, la *police* non sembrava differenziarsi dalla *justice* per un suo diverso statuto funzionale, bensì soprattutto per una diversa area materiale di normatività. La differenza tra i due concetti si risolveva cioè in quella retrostante tra due grandi categorie di norme: le prime, riferite alla *justice*, erano quelle concernenti « les intérêts des particuliers », mentre le seconde non avevano « pour objet que le bien commun de la société »⁽⁵⁶⁾, senza con ciò implicare due distinti tipi di funzione applicativa. L'unica differenza di natura funzionale che la dottrina aveva individuato tra « juges » e « Magistrats de Police » consisteva nel fatto che questi ultimi avevano il diritto « de faire d'office, par le seul interest du Bien Public, et sans postulation de personne, des Reglements qui engagent, qui lient tous les citoyens d'une Ville, par leur bien et leur utilité commune »; cosicché, in effetti — notava Loyseau — « le pouvoir du Magistrat de Police approche et participe beaucoup plus de la puissance du Prince, que celui du juge, qui n'a droit que de prononcer entre le Demandeur, et le Deffenseur »⁽⁵⁷⁾.

Tale facoltà di regolamentazione, però, non cambiava la natura giurisdizionale degli organi competenti in materia di *police* — tra i quali si collocavano in primo piano gli stessi Parlamenti, con i loro *arrêts de réglemens* —: il potere regolamentare era avvertito per lo più esso stesso come una manifestazione specifica dell'attività dichiarativa del diritto. *Loix de Police* e *Loix de Justice*, nelle ricostruzioni di questi antichi dogmatici, continuano ad essere applicate con una identica tecnica di tipo giurisdizionale, attraverso sentenze

pp. 1-26 e pp. 159-201). Sulla figura dell'intendente e sul suo conflitto con gli *officiers* cfr. per tutti MOUSNIER, *Les institutions de la France*, cit., t. II, p. 484 ss.

⁽⁵⁶⁾ DE LA MARE, *Traité de la Police*, cit., t. I, p. 1.

⁽⁵⁷⁾ *Traité des Seigneuries*, chap. IX.

La definizione del concetto di *Police*, comunque, rimane sempre estremamente sfumata ed incerta in tutta la dottrina pubblicistica dell'*ancien régime*: si trattava di un concetto a cui era connaturata una certa indeterminatezza, che neppure gli autori più attenti ed acuti riuscivano a dissipare (cfr. ancora MESTRE, *Introduction historique*, pp. 161-163).

di condanna civili o penali. Naturalmente, nell'organigramma tradizionale dello Stato d'antico regime così come codificato dalla dottrina, troviamo anche *officiers* privi di *iusdictio* e dotati soltanto di *imperium*, ai quali è affidato il compito di invigilare sull'osservanza dei *réglements de police*; ma il fine specifico della loro funzione, allora, può essere conseguito solo attraverso la collaborazione con un magistrato giurisdicente, davanti al quale essi debbono rinviare i privati che non si siano attenuti ai loro ordini ed a cui spetta di accertare la situazione di diritto⁽⁵⁸⁾.

Un aiuto certamente maggiore, in termini di modelli dogmatici, era offerto di sicuro al nostro autore da quella letteratura giusnaturalista del Sei-Settecento tedesco che tanto spazio occupa nella sua cultura.

I teorici ascrivibili a questa grande corrente, tuttavia, ancor oggi comunemente indicati come i padri intellettuali dello Stato di Polizia, non erano stati ancora capaci, a ben guardare, di calare in formule funzionali davvero nuove e precise la loro spiccata esigenza di un ordinamento saldamente accentrato, dalla forte vocazione amministrativa: ad essi era mancato, infatti, di individuare la specificità della funzione amministrativa. Il termine stesso « *administratio* » continua ad indicare nei loro trattati la nozione generica di un potere colto nel suo momento dinamico — significato che la parola già possedeva normalmente negli antichi giuristi del diritto comune⁽⁵⁹⁾ — ma resta incapace di connotare univocamente una determinata funzione distinta da quella di giudicare. E se è vero che proprio negli scritti di Pufendorf e di Wolf emerge ormai con forza l'indicazione di un modulo organizzativo di tipo 'burocratico', in cui il potere degli ufficiali non costituisce più l'oggetto di una ap-

(58) Un esempio per tutti, che scegliamo volutamente nell'ambito della solita *police de la voirie*, è offerto dalla figura del Grand Voyer introdotto da Sully, al quale era concesso, sì, un potere d'ordinanza nei confronti dei contravventori di norme relative al demanio stradale, ma che era lo stesso tenuto a « *faire rapport pardevant le Prevost de Paris ... de ce qui concerne son estat de Voyer* », in modo che a quest'ultimo — a cui solo spettavano poteri giurisdizionali in materia — fosse riservato sempre l'accertamento definitivo degli oneri e delle responsabilità: BACQUET, *Traité des droits de justice*, chap. XXVIII, p. 418.

(59) Lo ribadisce ancora ESPANHA, *Représentation dogmatique*, cit., p. 6.

appropriazione personale o familiare, ma l'esercizio di un'incombenza commessa dal sovrano, manca però in essi il passaggio ulteriore: quello di associare alla nuova struttura centralizzata che sta prendendo corpo nelle loro pagine un nuovo, specifico modo di esercizio dell'autorità.

« *Officium publicum vocamus administrationem certorum negotiorum vi imperii civilis gerendorum, et executionis dandorum* »⁽⁶⁰⁾: tutto l'impegno di Wolf nel precisare il contenuto di questa assai vaga definizione è rivolto a sostenere la tesi che il concetto di « officium » non abbraccia soltanto l'esercizio dell'autorità pubblica in senso stretto (« gestio negotiorum vi imperii civilis »), ma anche il momento della sua concretizzazione materiale (« executio »): anche il « carnifex », il « lictor », il « custos carceris » è titolare di un « munus publicum ». Se però gli chiediamo quali sono le fattispecie essenziali in cui si manifesta la « gestio negotiorum » vera e propria, egli non sa esemplificare altro tipo di « commissio » che quella a favore degli « iudices », « ut unicuique jus suum tribui curent in civitate et unumquemque adversus injurias aliorum defendant », mentre gli stessi ufficiali esecutivi di cui parla a lungo sono tutti funzionalmente ausiliari di un giudice.

Wolf si ferma così ad una definizione puramente statica del potere, che per quanto moderna nella sua concezione finalistica e volontaristica, non riesce a dirci niente sulle modalità del suo divenire concreto. E ancora all'inizio dell'Ottocento uno sforzo costruttivo del genere non è stato specificamente affrontato da alcun giurista.

4. Da questa serie di ' assaggi ' pare abbastanza lecito concludere che il compito della dottrina d'inizio secolo è ancora molto più quello di definire nella sua specifica consistenza giuridica il concetto di « amministrazione », che non l'altro, logicamente ulteriore, di costruire gli argini giuridici del suo potere, come invece si evince dalla ricostruzione tradizionale che associa il diritto amministrativo allo ' Stato di diritto '.

⁽⁶⁰⁾ *Jus naturae et gentium*, Pars VIII, cap. IV, § 883 (nell'ed. Halae Magdeburgicae 1748, che qui utilizziamo, il passo si trova in vol. VIII, pp. 671-72).

In realtà, come ci ricorda la classificazione delle forme di Stato di Merkl, per comprendere l'evoluzione degli ordinamenti generali dell'età moderna occorre tener conto di due coppie di 'tipi ideali', rispettivamente costruite prestando attenzione ora al genere di fini che lo Stato si propone, ora al genere di rapporti che esso instaura col cittadino⁽⁶¹⁾. Sotto il primo profilo, rilevando che l'ordinamento può proporsi come unica finalità la sanzione del diritto oggettivo, ovvero anche quella della cura dei bisogni dei sudditi, otteniamo la coppia Stato giurisdizionale-Stato amministrativo; sotto il secondo, invece, si nota che lo Stato può riconoscere o meno diritti pubblici soggettivi ai propri sudditi, e si parla perciò di uno Stato di Polizia nel caso che il cittadino non possa vantare alcun diritto nei confronti dello Stato, e di uno Stato di diritto nell'ipotesi inversa. La formazione di uno Stato a diritto amministrativo presuppone il compiersi di ambedue questi processi evolutivi — cioè quello del passaggio da uno Stato giurisdizionale ad uno Stato amministrativo non meno dell'altro, da uno Stato di Polizia ad uno Stato di diritto. Il primo dei due, che è anzi prioritario sul piano logico, si perfezionerà veramente soltanto allo spirare del Settecento, per giungere alla sua completa maturazione con la monarchia amministrativa napoleonica⁽⁶²⁾.

D'altro canto, la presa di coscienza da parte della cultura giuridica che lo Stato può esser concepito a tutti i livelli come 'Amministrazione', cioè come potere non finalizzato alla sanzione

(61) MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 60-67. Sul punto cfr. anche GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 208-211, nonché N. RAPONI, *A proposito di tipi di Stati*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XXIX (1956), pp. 185-196.

(62) L'espressione « monarchia amministrativa », che è usata talvolta in maniera generica dalla storiografia, più con riferimento alle finalità generali dell'azione statale che non ai suoi connotati strutturali, viene invece circoscritta dagli storici più attenti a quegli ordinamenti che abbinano la forma di governo monarchica tradizionale ad un sistema di uffici interamente burocratizzato: modello che, realizzatosi sostanzialmente già nella Prussia e nell'Austria di fine Settecento, si afferma compiutamente nell'esperienza franco-italiana solo con l'esperienza napoleonica (cfr. per tutti G. GALASSO, *La monarchia amministrativa e i governi restaurati*, in *Dagli Stati preunitari all'unificazione*, cit., p. 209 ss.; R. FEOLA, *La monarchia amministrativa*, Napoli, 1984).

del diritto oggettivo, bensì rivolto al conseguimento di una varietà di scopi di ordine empirico liberamente predeterminati, provoca già, per la sua stessa crudezza, l'esigenza di iscrivere questa nuova realtà entro un contesto giuridicamente determinato, e può perciò essere considerata la svolta veramente essenziale verso la nascita di un sistema dottrinale di diritto amministrativo. Il fatto che tutta la teoria politica sei-settecentesca avesse già da gran tempo rifiutato la vecchia immagine dello Stato come semplice garante di un ordine ontologico non deve far dimenticare infatti che il protagonismo del nuovo sovrano si bruciava ancora tutto, agli occhi dei giuristi, nell'affermazione della libertà assoluta del principe-legislatore, senza pervenire ad una configurazione consapevolmente differente dell'attività pubblica concreta. Come notava a suo tempo Giovanni Man-
na, « ciò che occorreva più propriamente per arrivare allo scopo era il generalizzare, sviluppare ed applicare in una maniera intelligente ed imparziale il concetto di questa personalità astratta, di questa capacità giuridica e di questa gestione collettiva degli interessi comuni » nel cui completo svolgimento egli già riconosceva il diritto amministrativo⁽⁶³⁾.

Ciò che dunque pare storicamente legittimo attendersi da questa prima dottrina ottocentesca autodefinitesi appunto come 'amministrativistica', non è sicuramente ancora la conquista di nuovi spazi di legalità — obiettivo, questo, che la scienza giuridica comincerà a porsi in modo consapevole solo a partire dagli anni '30 e '40 del secolo, muovendo alla conquista dell'area c.d. dell'*administration pure* o *discretionnaire* —, ma quello di individuare i termini essenziali del rapporto amministrativo, rendendo innanzitutto esplicita la configurazione dello Stato come soggetto titolare di potere. Tale premessa risulta indispensabile, in particolare, per inquadrare nella sua giusta prospettiva il contributo romagnosiano alla scienza amministrativistica, il cui momento più importante ed originale è costituito appunto, non a caso, dalla messa a punto di

(63) G. MANNA, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1873⁶, vol. I, p. IX (la 1^a ed. di quest'opera era apparsa nel 1840 col titolo: *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo, ossia introduzione alla scienza e alle leggi dell'amministrazione pubblica*, come primo volume di un più ampio trattato in seguito non completato).

una prima definizione scientificamente consapevole del concetto di ' amministrazione '.

Il primo dato da chiarire nell'affrontare il pensiero amministrativistico romagnosiano è che in esso convivono una gran varietà di concetti di ' amministrazione ', che l'autore continuamente incrocia e sovrappone fra loro, senza sempre avere una lucida coscienza della loro disomogeneità.

Appagarsi della celebre (quanto poco studiata) definizione che apre i *Principj*, considerando tutte le altre nozioni pullulanti nelle pagine romagnosiane come semplice materiale d'officina, ' bruciato ' tutto per giungere a quel risultato, sarebbe un errore.

Non solo Romagnosi, molto dopo il 1814, continua ad usare il vocabolo ' amministrazione ' in accezioni completamente diverse da quella proposta nei *Principj*: ma la stessa definizione contenuta nell'opera più nota viene in seguito riproposta nell'ambito di contesti differenti — come quello delle *Istituzioni di Civile Filosofia* —, che ne ombreggiano differentemente il significato.

Le date non consentono, con tutta la miglior volontà dell'interprete, di configurare alcun credibile ' itinerario ' intellettuale di Romagnosi da nozioni più antiche del termine verso punti d'arrivo di tipo ottocentesco; si pensi, per esempio, che l'impiego più evidentemente datato dell'espressione si reperisce proprio in un testo del 1820, di ben sei anni successivo alla pubblicazione dei *Principj*.

Bisogna dunque rassegnarsi ad accettare che nella coscienza del Nostro coesistano contemporaneamente vari significati del vocabolo ' amministrazione ', alcuni complementari tra loro (come accade anche nel linguaggio giuridico contemporaneo), altri invece meno compatibili, e corrispondenti a modelli funzionali dell'attività dello Stato sensibilmente diversi. Lungi dallo svalutare il contributo romagnosiano in materia, questo caleidoscopio di nozioni gli conferisce — ci sembra — una maggiore profondità, rivelando quanto complessa sia stata storicamente l'emersione di quel concetto specifico di ' amministrazione ' di cui ancor oggi ci serviamo quotidianamente.

Posta questa premessa, non resta altro che esaminare il largo ventaglio di significati che ci si dispiega di fronte, disponendoli secondo l'ordine ideale che da quello sicuramente più generico (e più risalente), ci conduce a quello più specifico e vicino all'espe-

rienza culturale dell'Ottocento maturo. Una tale elencazione allinea per forza di cose su uno stesso piano alcune nozioni che hanno costituito oggetto di un'analisi scientifica attenta da parte dell'autore ad altre che invece vengono usate nel contesto del discorso in modo più o meno irriflesso: crediamo che sia prezzo della nostra analisi dar conto anche di queste ultime, per quanto il panorama dell'esposizione ne possa risultare complicato.

Ecco dunque la lista che si può ricavare da una considerazione complessiva dell'opera romagnosiana:

a) amministrazione come attività complessiva dei pubblici poteri ('Administratio');

b) amministrazione come complesso di tutti gli uffici statali di livello non-costituzionale ('Amministrazione' in senso lato);

c) amministrazione come attività di tutti gli uffici *sub b*) ('amministrazione' in senso generico);

d) amministrazione come complesso dei soli uffici pubblici dipendenti gerarchicamente dal Governo, ad esclusione quindi di tutti gli uffici giudiziari ('Amministrazione' in senso stretto);

e) amministrazione come attività svolta dagli uffici *sub d*) ('amministrazione' in senso formale);

f) amministrazione come attività costituita da una « serie di azioni » ('amministrazione' in senso sostanziale).

Se poniamo per un attimo da parte il primo significato, per il quale occorre un discorso del tutto a sé, si può notare come tutti gli altri siano raggruppabili secondo le due classiche valenze che il termine 'amministrazione' conserva ancor oggi, e che gli scrittori più attenti differenziano graficamente usando l'iniziale maiuscola quando si riferiscono alla prima, e la minuscola per la seconda. In *b*) e *d*) Romagnosi si riferisce ad una certa struttura organica ('Amministrazione', in senso soggettivo), anche se *b*) è molto più ampio di *d*). In *c*) ed *e*), invece, il nostro autore vuole indicare l'amministrazione in senso oggettivo, come attività dello Stato: salvo intendere con ciò un'attività svolta da un'Amministrazione' in senso generico (*c*) o da un'Amministrazione' in senso stretto (*d*). La nozione *f*), infine, che concettualmente è di gran lunga la più importante di tutte, appartiene alla categoria di quelle a carattere

oggettivo, ma si distingue dalle altre due in quanto implica uno sforzo di connotazione contenutistica; mentre *c)* ed *e)* veicolano concetti di per sé evidenti, nella misura in cui il loro contenuto si determina *per relationem* rispetto alle corrispondenti nozioni soggettive, *f)* è il frutto di un'analisi scientifica consapevole, volta a rintracciare quali possano essere in astratto i caratteri intrinseci necessari che connotano l'attività amministrativa: essa ci offre, cioè, la definizione di una *funzione*.

Premessa questa breve panoramica generale, possiamo tentare un esame analitico dei vari significati; esame che non seguirà in maniera esatta l'ordine indicato, giacché alcuni di quei significati non sono che il riflesso condizionato di altri, mentre altri ancora sono avviluppati tra loro in una relazione inscindibile. Per analoghi motivi non sarà attribuita a tutti i significati una pari attenzione analitica, ma ci soffermeremo essenzialmente su quelli più ricchi di implicazioni concettuali.

5. Il primo significato, quello contraddistinto dalla lettera *a)*, di cui sopra non si è parlato, potrebbe a rigore essere incluso nell'ambito di quelli 'oggettivistici': esso indica infatti una attività, e non una struttura organicamente definita. Tale attività, però, si caratterizza per una assoluta genericità, che la rende disomogenea rispetto all'"amministrazione" dell'Ottocento maturo; non a caso si è scelto per contraddistinguere questo significato il termine latino di 'administratio', correntemente utilizzato ancora da tutta la cultura giuridica tradizionale del Sei-Settecento per indicare globalmente il governo del principe e del suo aiutantato, in quanto diretto a soddisfare variamente gli interessi della collettività.

Questa più datata accezione del termine (d'altronde ancora comune nel nostro linguaggio quotidiano, *mutatis mutandis*) ricorre frequentemente in tutte quelle ampie parti della produzione letteraria di Romagnosi in cui riprende campo il vecchio interesse settecentesco per una 'scienza del buon governo', potremmo dire con Sonnenfels⁽⁶⁴⁾, cioè per un'arte dell'economia pubblica che studi i

⁽⁶⁴⁾ Ci riferiamo soprattutto alla nota opera *Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanz*, del 1765, tradotta a Venezia nel 1784 col titolo *La scienza del buon governo del Signor Sonnenfels*. Come abbiamo visto

mezzi per massimizzare l'utilità comune e suggerisca ai governanti le tecniche migliori per mediare tra interessi individuali ed interesse collettivo. Non è affatto escluso, anzi, che Romagnosi pensi essere *questo* il fulcro del condendo 'diritto amministrativo', come ci testimonia tra l'altro il particolare rilievo che egli vuole assegnare al quarto libro dei *Principj* (significativamente intitolato « Nozioni fondamentali sulle principali materie di queste Istituzioni »), contenente appunto una lunga discettazione sulle finalità generali dell'azione governamentale.

L'« amministrazione della Repubblica » in questo senso viene ad abbracciare genericamente ogni attività rivolta a procurare « la felicità, la sicurezza, il benessere comune »⁽⁶⁵⁾, e serve ad introdurre una nomotesia empirica in cui si illustrano al monarca fini e mezzi della sua missione. È curioso, anzi, a questo proposito, rilevare come Romagnosi si lasci sorprendere, in un suo passo⁽⁶⁶⁾, ad utilizzare l'espressione marcatamente moderna di « diritto pubblico amministrativo » per abbracciare il decrepito strumentario degli *jura regalia* a cui la dottrina ha fatto riferimento, da Bulgaro in poi, per definire il potere nel principe nel suo momento funzionale. Dallo *jus legiferandi* allo *jus puniendi*, dal diritto d'imporre tributi a quello di coniare monete o di espropriare i beni dei sudditi in nome della pubblica utilità, Romagnosi non fa altro che riproporre la vecchia lista delle regalie ben nota a tutta la cultura giu-

più sopra, Romagnosi conosceva il magistero di Sonnenfels, e non si può certo escludere che ne sia stato influenzato in qualche modo nella composizione dei *Principj*.

(65) Così nelle inedite *Lezioni di diritto pubblico date nel corso privato di legge l'anno 1820*, p. 16. Abbiamo già offerto una presentazione di questo testo nel nostro precedente volume, pp. 67-71, osservando tra l'altro come la trattazione si articoli qui seguendo lo schema dei *Theoremata Juris Publici Universalis* (Liburni, 1777), vecchio trattato di diritto naturale di Giovanni Maria Lampredi probabilmente utilizzato come testo d'esame o di concorso nella Lombardia della Restaurazione, e perciò forse prescelto da Romagnosi come traccia per le sue lezioni private. L'espressione « administratio Reipublicae », in effetti, si ritrova puntualmente in Lampredi (*Theoremata*, cit., vol. II, p. 256), come titolo di un capitolo dedicato appunto a fissare i « canones generales » del buon governo, fino a ricavarne un piccolo trattato di scienza della legislazione.

(66) *Ibidem*, LDP, p. 17.

ridica tradizionale⁽⁶⁷⁾, fregiandola però di un nome sorprendentemente nuovo. L'arbitrarietà di questo linguaggio, o comunque la sua estraneità all'universo dell'Ottocento maturo, è palese proprio in quanto non esiste ancora, qui, quella distinzione tra lo Stato come produttore e sanzionatore di norme giuridiche e lo Stato come curatore di interessi collettivi, che costituisce la condizione di pensabilità di un diritto amministrativo. Tutta quanta l'attività pubblica viene semplicemente rubricata come 'amministrativa' in quanto diretta a procurare il bene collettivo, prescindendo del tutto dalle sue diverse qualificazioni funzionali: lo stesso *jus legiferandi* non consiste affatto nella facoltà di dichiarare ciò che è diritto nello Stato, ma viceversa, come Romagnosi subito precisa, in una generica capacità di imporre quelle misure necessarie « ad una buona sussistenza e ad una buona educazione »⁽⁶⁸⁾.

Il vocabolo 'amministrazione' tradisce ancora, dunque, in queste pagine, la sua remota appartenenza all'*oeconomica* di aristotelica memoria. L'« amministrazione » del principe non è altro che una riproduzione su grande scala dell'« amministrazione » del

(67) Seguendo, in particolare, la sistematica lamprediana che riduce a dieci il numero degli *jura*, ispirandosi a sua volta, per la loro connotazione, allo schema analitico di Wolf (*Jus naturae*, Pars VIII, cap. IV).

(68) Da questo canone generale, Romagnosi-Lampredi ricava una serie di minute regole empiriche sulla finalità della legge (che deve far abbondare non solo le cose necessarie, ma anche quelle piacevoli, e pertanto sviluppare le arti e il commercio, assicurando a tutti il fabbisogno di « un robusto cittadino il quale voglia conservarsi ad un diuturno lavoro »; deve prevenire la mendicizia garantendo ai vecchi e agli infermi un minimo di assistenza; deve curare l'istruzione pubblica ed in particolare prendersi cura di quella degli orfani e dei pupilli « specialmente indigenti »; ed infine procurare che « chiunque non può da per sé adempiere ai proprj ufficj abbia presente soccorso nelle pubbliche provvidenze »). Il ruolo della « legge » si esaurisce dunque completamente in una funzione di 'governo', di 'polizia', e non pretende assolutamente di soppiantare il ruolo dello *jus inventum*. Anche quando, del resto, Romagnosi osserva e descrive l'enorme latitudine che la legge statale è venuta assumendo nel corso dell'età napoleonica a seguito della promulgazione del *Code civil*, il suo atteggiamento (come già altrove si notava: vol. I, p. 47) resta esattamente lo stesso: il Codice è sempre considerato da lui come uno strumento di governo utile a massimizzare la felicità sociale, e non come diritto oggettivato (secondo l'ottica che sarà invece caratteristica degli esegeti ottocenteschi).

pater, celebrata da tutta un'abbondante letteratura secentesca⁽⁶⁹⁾. Il *Rector civitatis* amministra il suo Stato così come il *pater* amministra la sua casa: fissando le norme di un'ordinata convivenza, intervenendo a comporre le dispute, ordinando comportamenti che giudica opportuni e reprimendo quelli che riprova, nonché tutelando l'integrità del patrimonio domestico. Dietro a questo concetto indefinito ed onnivale di 'amministrazione' si profila un dualismo molto marcato tra ordinamento giuridico e potere politico⁽⁷⁰⁾: il principe è il responsabile di un ordine sociale già dato: la funzione fondamentale che gli si richiede — quella di *conservarlo* — è per definizione unitaria ed inscindibile, al di là delle modalità specifiche con cui si esplica.

6. Nelle ricostruzioni storiografiche ancor oggi più diffuse si rimarca in genere che il superamento di questa configurazione del potere politico, e la conseguente emersione del concetto specifico e moderno di amministrazione, si consuma completamente solo nell'atto in cui prende corpo una funzione legislativa intesa come attività di rinnovamento continuo dell'ordinamento, di cui lo Stato si fa carico in via esclusiva e monopolistica, ben distinta sul piano concettuale dall'attività di governo. Come è stato scritto incisivamente, « l'autonomia dell'amministrazione è la faccia rovescia dell'autonomia della legge »⁽⁷¹⁾. Solo confrontandosi con questo nuovo modo di essere dello Stato, del tutto ignoto alla tradizione dell'antico regime, l'amministrazione prende coscienza dei propri caratteri endogeni, che non a caso risultano essere l'esatto reciproco di quelli tipici della funzione legislativa.

⁽⁶⁹⁾ Sul tema cfr. da ultimo D. FRIGO, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'« economica » tra Cinque e Seicento*, Roma, 1985, nonché, più in sintesi, Id., *Amministrazione della casa e amministrazione della società nella letteratura politica dell'antico regime*, in *Amministrare*, XVI (1986), p. 5 ss.

⁽⁷⁰⁾ Un dualismo che a livello di teoria politica trova la sua manifestazione più tipica nella teoria del contratto di governo, gelosamente mantenuta da tutti i giusnaturalisti della tradizione tedesca, e sostanzialmente accolta anche da Romagnosi (cfr. il nostro prec. vol., capp. IV e VI).

⁽⁷¹⁾ M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trimestrale di diritto pubblico*, XX (1970), p. 731.

Tutto ciò, a grandi linee, è probabilmente esatto.

Più arrischiato, invece, come più sopra già si notava, il corollario spesso ricavato da questo assioma; che cioè un'amministrazione in senso soggettivo acquisti una sua autonomia organica solo ove esista una separazione dei poteri sanzionata costituzionalmente, secondo gli stilemi inaugurati nell'89⁽⁷²⁾. Il pensiero di Romagnosi, da questo punto di vista, ci offre un esempio significativo di come la prima dottrina inquadrasse il concetto soggettivo di amministrazione prescindendo non solo dalla classica nozione liberal-rivoluzionaria di « potere esecutivo », ma dalla figura stessa di un « potere » in senso costituzionale.

Alla base dell'itinerario teorico seguito dal nostro autore non sta soltanto la sua notoria e dichiarata ostilità nei confronti del primato del presunto potere legislativo, e conseguentemente della rappresentanza politica; anche se egli, infatti, fosse stato ipoteticamente propenso a sostenere l'identità Amministrazione-potere esecutivo, mal glielo avrebbe consentito la realtà positiva del Regno d'Italia, alla quale egli si trovava per forza di cose vincolato, nell'atto di rivolgersi, dalla sua cattedra presso le Scuole Speciali, ad una platea di futuri funzionari.

Fin dall'inizio, infatti, il regime istituito col 1805 rifiutò una qualsiasi separazione dei poteri in senso formale — in senso *formale*, diciamo, perché sul piano politico neppure la costituzione repubblicana del 1802 contemplava ormai più un vero ' potere legislativo ', come struttura organica incaricata in via esclusiva di ' fare le leggi ' ⁽⁷³⁾. La novità introdotta con la proclamazione del Regno d'Italia consistette nel sopprimere finanche il profilo stesso di un procedimento legislativo, cancellando qualunque distinzione formale

(72) A partire dal decreto 1 ottobre-3 novembre 1789, che vieta per la prima volta esplicitamente al potere esecutivo « de faire aucunes loi »; divieto ribadito e perfezionato dalla successiva costituzione 3 settembre 1791 (tit. III, cap. II).

(73) Il Corpo legislativo previsto dalla Costituzione di Lione era infatti privo della facoltà di proposta e di emendamento, dovendosi limitare ad esprimere un'approvazione o un diniego sui disegni di legge governativi. La stessa possibilità di discussione delle proposte di legge era riservata ad una commissione ristretta di soli 15 membri (Camera degli Oratori), espressa dal Corpo legislativo nel proprio seno.

tra atti del potere esecutivo ed atti legislativi, come ci conferma una semplice occhiata al *Bollettino delle Leggi* del Regno (il quale, dal luglio del 1805 in poi, registra solamente tre o quattro atti recanti l'intitolazione di « legge », mentre tutto il resto dell'attività normativa generale viene imputata al solo Capo dello Stato, sotto la rubricazione formale di « decreto » o « regolamento ») ⁽⁷⁴⁾. Dall'epoca dello scioglimento, infatti, del Corpo legislativo previsto dal Terzo Statuto costituzionale, che avvenne pochi mesi dopo la instaurazione del Regno per mezzo di un atto sottoscritto personalmente da Napoleone ⁽⁷⁵⁾, gli atti aventi forza di legge non godranno più di uno specifico *nomen juris* (nonostante un fiacco tentativo di reintrodurre questa categoria nel 1808, parallelamente alla creazione del Senato consulente) ⁽⁷⁶⁾. Non c'è dubbio, dunque, che

⁽⁷⁴⁾ La quale serve ad introdurre indifferentemente ogni altra sorta di atti, materialmente amministrativi, emanati dal monarca. Le formule di intestazione degli atti normativi seguono dunque in tutto e per tutto la tradizione d'antico regime: « Napoleone I, Re d'Italia ecc.; Eugenio, Vice-re d'Italia ecc.; abbiamo decretato e decretiamo quanto segue ». Talvolta viene fatta menzione del parere richiesto a qualche organo (« sentito il Consiglio di Stato », « sentito il Ministro X o Y »), ma sembra che sul punto non esista alcuna prassi costituzionale precisa, dotata di un minimo di coerenza.

⁽⁷⁵⁾ La prima ed ultima sessione del Corpo legislativo del Regno, apertasi il 15 maggio, si concluse bruscamente il 27 luglio, a seguito di un secco ordine di scioglimento del padrone, irritato dalle resistenze dei legislatori alle sue richieste finanziarie. Da questo momento, è come se il Corpo legislativo svanisse dall'ordinamento, in quanto nessuna norma costituzionale successiva si prenderà la briga di dichiararne espressamente l'abolizione.

Si noti comunque che già il III Statuto costituzionale del Regno, promulgato nel 1805, aveva modificato profondamente le funzioni del Corpo legislativo, dichiarando che il suo voto era obbligatorio solo nell'ambito di una lista di materie enumerate (essenzialmente nel settore finanziario, civile e penale) mentre « tutt'altro oggetto » era definito « di competenza della Pubblica amministrazione » (art. 47). La legge aveva cessato già da tempo, dunque, di coincidere con ogni manifestazione di volontà generale ed astratta dello Stato, per restringersi semplicemente entro un'area di competenza materiale oltre la quale si espandeva di nuovo il naturale potere normativo generale del principe.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. artt. 11, 12 e 13 del VI Statuto costituzionale, nonché il correlativo decreto d'attuazione 9 novembre 1809. Questi testi prevedevano infatti che dovessero chiamarsi « leggi » tutti gli atti sottoposti al voto senatoriale, ovvero gli atti di modifica costituzionale ed i provvedimenti im-

sotto il profilo della gerarchia delle norme, o della divisione dei poteri in senso formale, l'ordinamento regnicolo manifestasse una marcata regressione perfino rispetto alla coeva esperienza della Francia imperiale — dove perlomeno fu mantenuta una parvenza di legalità, conservando il *Corps législatif* dell'anno VIII ed il correlativo *iter* formale per la produzione degli atti normativi ⁽⁷⁷⁾ — se non addirittura nei confronti di quelle più evolute esperienze assolutistiche in cui si era fissata in modo abbastanza preciso una certa varietà di *nomina juris* per i vari atti regali, a seconda del loro grado di generalità o della loro forza obbligatoria ⁽⁷⁸⁾.

Non stupisce, allora, che nell'offrire ai suoi allievi una rappresentazione dogmatica generale di questo ordinamento Romagnosi abbia rinunciato del tutto a mantenere quella corrispondenza biunivoca tra 'potere' e 'funzione' così cara al costituzionalismo rivoluzionario ⁽⁷⁹⁾, giungendo però, per altra via, ad isolare egual-

portanti un aumento degli oneri fiscali (i quali dovevano essere necessariamente deliberati dal Senato), nonché tutti gli altri provvedimenti rinviati dal re in Senato per conoscerne le « osservazioni » (anche se in quest'ultima ipotesi l'organo interveniva soltanto in forma consultiva ed il re poteva lo stesso promulgare la « legge » su cui esso si fosse espresso negativamente). In realtà, gli unici provvedimenti approvati secondo questo procedimento e recanti pertanto il correlativo preambolo formale, furono le « leggi » di finanza del 1810, '11 e '13, l'VIII Statuto costituzionale sulla dotazione della Corona, nonché — stranamente — una « legge » 30 giugno 1813 che attribuisce alla P.A. la conoscenza di certe contravvenzioni.

⁽⁷⁷⁾ Anche se negli ultimi anni del regno napoleonico pure in Francia si consolidò la prassi della legislazione per decreto, in aperto spregio alle mai abrogate norme della costituzione consolare.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. sul punto E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, che cita come esempio la distinzione, introdotta dalle Costituzioni piemontesi nella loro seconda edizione del 1770, tra « editti » e « lettere patenti » da un lato, e « decreti » o « regi viglietti » dall'altro — i primi dovevano essere adottati su parere del Consiglio di Stato, controfirmati, registrati e pubblicati (procedimento che era obbligatorio per ogni provvedimento generale in materia penale, civile, giudiziaria od amministrativa), e non potevano essere derogati da un semplice decreto (p. 30).

⁽⁷⁹⁾ Prova ne sia che nei suoi scritti di diritto positivo egli aderisce ad una concezione rigorosamente materiale della « legge », indicando con tale espressione qualsiasi manifestazione di volontà del principe a carattere generale ed astratto. Il che comporta, per esempio, che la locuzione « regolamenti di pubblica amministrazione », pure introdotta per la prima volta

mente il concetto soggettivo di amministrazione. Il modello romagnosiano sostituisce infatti alla tripartizione canonica legislativo-esecutivo-giudiziario una bipartizione caratteristica dello schema statale d'antico regime: quella tra « amministrazione riservata » ed « amministrazione delegata » — dove il termine amministrazione continua ad esser usato nel suo antico significato generico di attività pubblica svolta per il servizio della collettività⁽⁸⁰⁾ —. Nell'amministrazione « riservata » sono comprese tutte le operazioni decisionali che il principe svolge in prima persona (ed in particolare l'attività normativa, la direzione della politica estera, l'indirizzo ed il controllo generale sull'attività di tutti i funzionari), mentre nell'ambito della seconda si rubrica, secondo un criterio residuale, tutto ciò che in un vasto Stato moderno il « sommo imperante » non riesce o non ritiene economico disbrigare da solo (dall'esercizio della quasi totalità della funzione giudiziaria a tutte quelle incombenze di cui si fanno carico i suoi ministri coadiuvati dai loro apparati)⁽⁸¹⁾.

Ecco che al posto della « divisione dei poteri », intesa come articolazione del potere politico supremo tra varie figure istituzio-

dall'art. 44 della Costituzione consolare ad indicare le norme emanate dal potere esecutivo « pour assurer l'execution des lois », perda di fatto nella pagina romagnosiana questa sua pregnanza originaria, per non connotare più che una categoria di leggi aventi ad oggetto una particolare materia: quella, appunto, « amministrativa » (cfr. GGU, t. I, p. 17, nota f).

⁽⁸⁰⁾ PFDA, p. 6: « perocché altra è l'amministrazione *riservata* al re come primo amministratore dello Stato, ed altra è quella che viene *delegata* alle magistrature e ai ministeri ».

⁽⁸¹⁾ « Il potere del Governo non si può esercitare immediatamente dalla persona nella quale si figurano concentrati i sommi poteri: ma fu sempre necessario destinare persone subalterne, per mezzo delle quali far eseguire la volontà del sommo Imperante. Queste persone chiamansi *Ministri, Direttori, Magistrati, Funzionari pubblici, Agenti del Governo*, ecc. La distribuzione dei diversi poteri governativi fra queste persone forma parte essenziale della Costituzione di uno Stato regolare » (*Prolegomeni*, p. 1361). Si tratta di un costrutto estremamente tradizionale e sperimentato: « superior civitatem regit partim per se, partim per alios... Necessae igitur est ut multa faciendae committat, quae per se facere nequit, sibi que tantummodo reservet ea, quae majoris momenti sunt, et Rempublicam universam propius attingunt, et quae in loco, ubi residet, expediri possunt » (WOLF, *Jus naturae*, Pars VIII, cap. IV, § 883).

nali, Romagnosi propone una « distribuzione dei ... poteri governativi » delegati tra diversi agenti, secondo un'antica, semplice regola della ragione empirica che raccomanda di seguire certe tecniche prudenziali nell'organizzare i vari uffici sottoposti al potere unitario del vertice politico: « punto massimo e decisivo all'unità e alla posanza del regime si è *dividere* le funzioni delegate della giustizia da quelle del comando delle armi, e queste dal regime civico onde evitare l'anarchia feudale e la reale debolezza degli asiatici governi, nei quali un Pascià, riunendo in se stesso tutti i poteri governativi, si rende oppressore del popolo, e temibile al suo principe »⁽⁸²⁾. Tale 'divisione', allora, non solo è compatibile perfettamente con un regime politico privo di costituzione in senso formale, ma è stata introdotta proprio dalle monarchie assolute per cautelarsi contro il prepotere dei corpi privilegiati e delle Corti sovrane; essa reca un segno ideologico di valenza diametralmente opposta alla 'divisione' montesquiviana — contro la quale, come sappiamo, Romagnosi si scaglia in pagine altrove analizzate —, mentre risulta incommensurabilmente lontana dalla nuova meccanica del potere inaugurata dalla Rivoluzione.

In questo contesto, col termine « Amministrazione » usato in senso organico, Romagnosi abbraccia talvolta l'insieme di tutti gli uffici di livello non-costituzionale, cioè il complesso appunto dell'« amministrazione delegata », ricomprendendovi anche i tribunali giudiziarii⁽⁸³⁾, ma molto più spesso, invece, assume l'espressione in quel significato specifico correntemente utilizzato da tutta la normativa rivoluzionaria e napoleonica avente ad oggetto la demarcazione delle diverse competenze tra autorità giudiziaria ed amministrativa, per intendere appunto la struttura funzionariale subordinata gerarchicamente al vertice politico. La percezione, dunque, dell'esistenza di un'« Amministrazione », si risolve tutta per Romagnosi nel dualismo già tipico dello Stato assoluto tra due classi di pubblici ufficiali, dotate di un diverso statuto organico: gli uni

⁽⁸²⁾ ICF, p. 472.

⁽⁸³⁾ Cfr. ad es. *Prolegomeni*, p. 1390: « si noti bene che qui il nome di *amministrazione* si prende ... non per significare una particolare competenza divisa dalla giudiziaria », ma per abbracciare appunto tutti gli organi a carattere non costituzionale.

dipendenti gerarchicamente dal Governo e vincolati all'esecuzione dei suoi ordini, gli altri caratterizzati da un grado maggiore di autonomia decisionale, ed incaricati di sanzionare il diritto oggettivo.

7. Tutto ciò servirebbe a comprovarci, se ce ne fosse bisogno, come il concetto di amministrazione non si sia rivelato affatto alla coscienza degli osservatori, nella sua specifica essenza, grazie ai connotati differenziali che esso denuncia rispetto al nuovo « potere legislativo », ma nel confronto, viceversa, con il modulo di potere giurisdizionale. Verità tanto più evidente quando si passi a considerare le definizioni a carattere oggettivo della nozione.

Tutta la dottrina ottocentesca imposterà la problematica amministrativa lungo l'asse privilegiato del rapporto legge-amministrazione: ricavandone ora la definizione dell'attività amministrativa come « esecuzione di legge » — cara a tutta la tradizione francese e destinata a trovare, nel nostro secolo, una definitiva sistemazione concettuale nel modello dell'*Etat légal* proposto da Carré de Malberg⁽⁸⁴⁾; ora postulando invece un'area di libertà amministrativa originaria, che troverebbe nella legge soltanto un limite esterno al suo estrinsecarsi⁽⁸⁵⁾. È evidente, però, che la 'quiddità' elementare della funzione amministrativa precede questa problematica, e si colloca in una vicenda istituzionale più profonda: nell'affermazione, cioè di un'amministrazione per funzionari sulla tradizionale amministrazione per giudici.

Per quanto gli ordinamenti napoleonici (e più tardi preunitari) ignorassero una distinzione formale tra potere amministrativo e legislativo, essi erano tutori estremamente gelosi della distinzione tra competenze amministrative e giudiziarie — settore, questo, in

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1921, in part. vol. I, p. 490: *l'Etat légal* è quello fondato su una concezione giuridica « suivant laquelle l'autorité administrative doit, dans tous les cas et en toutes matières, être subordonnée à l'organe législatif, en ce sens, qu'elle ne pourra agir qu'en execution ou par permission d'une loi ».

⁽⁸⁵⁾ Fino a definire l'amministrazione come tutta l'attività dello Stato non-legislativa e non-giurisdizionale, presentandola quindi come la funzione originaria e caratterizzante dello Stato stesso (LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., Band 2, p. 175).

cui l'esperienza rivoluzionaria aveva rivelato preoccupazioni e tendenze largamente comuni rispetto a quelle degli ordinamenti assolutistici più evoluti —. È precisamente su questo terreno che nasce la definizione romagnosiana di 'amministrato' in senso oggettivo. Il lettore che apre i *Principj fondamentali*, e se la trova proposta nelle primissime righe dell'opera, è immediatamente portato ad attribuirle un carattere meramente didattico-descrittivo. Al contrario, essa fu enunciata per la prima volta in un articolo pubblicato sul *Giornale di Giurisprudenza Universale* del 1812, in calce ad una decisione del Consiglio di Stato del Regno in tema di conflitti d'attribuzione su cui più avanti ci soffermeremo. Il suo ruolo originario, quindi, era stato quello di sintetizzare un criterio di riparto da proporre al giudice dei conflitti: cercando di definire esattamente il concetto di attività amministrativa, Romagnosi voleva appunto tracciare una linea di discriminazione la più precisa possibile rispetto all'attività giurisdizionale.

Rispetto a questa problematica, quindi, è del tutto ozioso in definitiva accertare se la pubblica amministrazione accetti o meno di qualificarsi come attività 'esecutiva di legge': per parte sua, Romagnosi arriva anzi a risolvere positivamente la questione senza alcuna difficoltà⁽⁸⁶⁾, una volta chiarito che non esiste però alcun 'potere' esecutivo, e che la 'legge' di cui si parla è semplicemente quella volontà suprema del principe alla cui effezione tutto quanto l'apparato statale è funzionalizzato⁽⁸⁷⁾. Ciò che conta è definire in

⁽⁸⁶⁾ Essendo l'amministrazione « sottomessa a certe regole positive o sia a leggi, essa è essenzialmente esecutiva » (GGU, t. V, p. 300).

⁽⁸⁷⁾ Come ci testimoniano eloquentemente alcune pagine delle *Istituzioni di Civile Filosofia*: « sia pur vero che per amministrare si ricerchi una regola; ma sarà pur vero che altro è valersi di una regola, altro è servire ad una legge positiva... Noi... possiamo bensì figurare che il sommo imperante imponga questa necessità ad altri, ma ripugna che la imponga a se stesso. Egli dunque se segue una regola la segue liberamente, e però quanto a lui non v'ha esecuzione di legge, ma concordia libera dei di lui atti colle sue supreme intenzioni » (ICF, p. 354). Funzione amministrativa e funzione legislativa, quindi, non sono che due diverse manifestazioni del potere unitario di un medesimo protagonista istituzionale: e come insegnava la vecchia dottrina, la legge, che è la sua stessa volontà manifestata in forma generale, può avere nei confronti dei suoi atti ulteriori a carattere puntuale e concreto solo una *vis directiva*, ma non certo *coactiva* (così *Summa*, Ia IIae,

cosa consiste la specifica tecnica con cui l'autorità amministrativa 'esegue' la legge, rispetto a quella tradizionale, e fin troppo nota, di cui si avvale l'autorità giudiziaria.

Nell'affrontare questo sforzo di comprensione, il punto di partenza del Nostro non è costituito affatto da una premessa generale a priori sul modo di essere delle funzioni statali, bensì molto più modestamente, da un'analisi del significato della parola 'amministrazione', secondo quella solita attenzione per il dato lessicale così tipica della sua formazione sensista. Si tratta in sostanza di fare una cernita dei significati di uso comune del termine, individuando i caratteri tipici del comportamento 'amministrativo' in generale, per poi verificare induttivamente in che misura essi risultano predicabili dell'attività dello Stato.

In questo, la definizione di Romagnosi richiama alcuni tentativi precedenti di messa a fuoco del concetto, condotti dalla repertoristica francese già a partire dall'antico regime in maniera del tutto autonoma rispetto alla nuova dogmatica costituzionale. Ancora prima della Rivoluzione, giuristi dai nomi dimenticati — come Prost de Royer, luogotenente di Lione riscoperto dagli studi recenti della Boulet-Sautel⁽⁸⁸⁾, o curatori di opere enciclopediche — come il Panckoucke dell'*Encyclopédie méthodique*⁽⁸⁹⁾, o, ancora, eruditi come l'Abbé Girard dei *Synonimes françois*⁽⁹⁰⁾ — si erano sforzati

Q.96, 5), giacché il concetto di coazione implica l'esistenza di due volontà ben distinte soggettivamente. L'amministrazione si può configurare allora come una funzione 'esecutiva' solo a patto di lasciarne fuori la figura del suo capo.

⁽⁸⁸⁾ M. BOULET SAUTEL, *Un traité de science administrative à la fin de l'Ancien Régime*, in AA.VV., *Hommage à Robert Besnier*, Paris, 1980, pp. 57-66.

⁽⁸⁹⁾ Su cui si rinvia alle notizie fornite da MESTRE, *Introduction historique*, cit., p. 166 (*l'Encyclopédie méthodique ou par ordre de matières*, opera collettanea pubblicata dall'editore Charles-Joseph Panckoucke negli ultimi anni dell'antico regime, comprendeva due volumi dedicati alla *Police*, apparsi nel 1789 a cura di André-Jean Boucher d'Argis).

⁽⁹⁰⁾ Si tratta di un fortunato dizionario pubblicato per la prima volta a Parigi nel 1736, e destinato a conoscere numerose altre edizioni sotto il titolo più ampio di *Synonimes françois et leurs différentes significations et le choix qu'il en faut faire*, significativo, per noi, in quanto contrappone in maniera molto esplicita il vocabolo « administration » a quello di « régie », negando che i due termini possano essere utilizzati come sinonimi perfetti.

di individuare il significato preciso del vocabolo che compariva nei loro dizionari, pur se con mezzi ermeneutici modesti e senza alcun progetto di ricostruzione dogmatica. È da ritenersi probabile, in particolare, che Romagnosi conoscesse la voce « Administration publique » offerta dalle *Nouvelles décisions* di Denisart nella edizione del 1805⁽⁹¹⁾, che compendia in qualche modo i risultati a cui è pervenuta questa modesta tradizione di fine Settecento.

Con questo piccolo bagaglio di esperienze Romagnosi inizia la sua analisi, rilevando innanzitutto che nella lingua parlata il termine indica di solito « una serie di azioni interessanti, eseguite per propria autorità, o nativa o dativa — cioè originaria o acquisita convenzionalmente — sopra date materie, a riguardo di se stesso o di altri »⁽⁹²⁾. Tale nozione, estremamente generica, è usata correntemente nell'ambito dei comportamenti dei privati — anche se senza alcuna particolare coloritura in senso giuridico — per qualificare la gestione di un patrimonio da parte del suo titolare o di chi ne venga incaricato in qualche maniera (tutore dei beni del minore, procuratore, amministratore delle sostanze di una comunità laica o religiosa, di una società commerciale e così via). Accantonato dunque il significato genericamente politico del termine, Romagnosi sussume l'attività amministrativa degli organi pubblici nel medesimo *genus* dell'amministrazione patrimoniale privata, della « *régie des biens* ». Si tratta di una nozione semanticamente assai povera, capace di esprimere soltanto il legame funzionale tra una serie di comportamenti non qualificati svolti da un soggetto, ed un fine generale che questi deve perseguire. Eppure, proprio profittan-

(91) Ci riferiamo al già citato repertorio di M. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, che aveva già conosciuto altre edizioni nel corso della seconda metà del Settecento. La voce « administration » (vol. I, p. 292 ss. dell'ed. 1805) non era annoverata nelle precedenti edizioni (anche se quella del 1783 aveva già introdotto quella di « Administration provinciale »). Romagnosi non cita mai esplicitamente quest'opera, ma l'analogia di alcuni esempi e l'adozione di un identico metodo definitorio suggeriscono l'idea che egli ne abbia avuto presente il testo.

(92) GGU, t. V, p. 294 (si preferisce riferirsi direttamente a questo testo piuttosto che al Libro V dei *Principj* dove le pagine in oggetto furono più tardi trasposte senza alterazioni sostanziali).

do della sua scarsa capacità di connotazione giuridica, essa viene utilizzata da Romagnosi per rappresentare un modo di essere dello Stato profondamente nuovo rispetto alle sue configurazioni d'antico regime. Sostituendo infatti il fine 'privato' (cioè particolare) tipico dell'amministrazione di un qualunque soggetto dell'ordinamento, con un fine « pubblico » — rappresentato da un interesse potenzialmente comune a tutti quanti i membri di una certa comunità politica⁽⁹³⁾ —, si ottiene appunto la nuova nozione di amministrazione *pubblica*: attraverso la quale lo Stato viene ad assumere tacitamente, rispetto al diritto, la posizione di un qualsiasi altro « amministratore ». È proprio la genericità del termine « amministrazione », predicabile di una qualunque attività organizzata condotta da un privato, ad assegnare allo Stato la sua nuova dislocazione all'interno dell'ordinamento; mentre l'indeterminatezza del contenuto materiale dell'« amministrare » non pregiudica in niente la sua facoltà di giovare di uno statuto speciale, diverso da quello utilizzato da un amministratore privato.

Vi sono già, dunque, gli elementi necessari e sufficienti per erigere una definizione di tipo oggettivo: « l'amministrazione pubblica sarà quella serie di azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana, o propria o delegata, sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico, o la sovranità medesima »⁽⁹⁴⁾.

Si noti come l'asse portante di questa definizione non sia per nulla costituito dal riferimento all'« autorità sovrana », col quale Romagnosi vuole semplicemente indicare il particolare titolo legittimante dell'amministratore pubblico, a fronte di altri tipi di « autorità » che giustificano nei vari casi l'amministrazione privata (titolarità diretta di un patrimonio, procura da parte del suo titolare, *patria potestas* e così via); senza, con ciò, pretendere assolutamente

(93) Romagnosi dedica un notevole spazio alla definizione del concetto giuridico di 'pubblico', che egli ricava anche qui dal significato di senso comune dell'aggettivo (« pubblico » = notorio, conoscibile da parte di tutti; di qui, ciò che riguarda o che interessa o che appartiene a tutti quanti i membri di una collettività, « astraendo l'interesse comune a tutto il corpo, da quello che dicesi privato »).

(94) GGU, t. V, p. 299.

di caratterizzare in senso necessariamente autoritativo il contenuto dell'amministrazione pubblica, che potrà invece svolgersi usando anche, all'occorrenza, il diritto comune a tutti i soggetti dell'ordinamento.

Il nucleo duro del discorso del Nostro è invece rappresentato dall'elemento *comune* che obbiettivamente esiste tra amministrazione pubblica e privata: cioè dal fatto che ambedue accettano di presentarsi come una « serie di azioni ». Si tratta di una espressione chiaramente pre-scientifica: che pure, rinviando più o meno intuitivamente al paradigma di ciò che oggi definiremmo un 'atto negoziale', esprime già il carattere essenziale dell'attività amministrativa rispetto ad ogni altro modo di essere dello Stato⁽⁹⁵⁾. Né una pronuncia giurisdizionale, né un atto normativo generale consentirebbero mai di essere considerati come « azioni », cioè come comportamenti posti in essere da un soggetto per soddisfare ad un interesse *proprio*. Lo Stato produttore o sanzionatore di norme è una figura per definizione impersonale, collocata oltre i limiti dell'ordinamento di cui è alternativamente l'artefice o il garante, una figura che non *agisce*, ma che si limita a stabilire ed a far rispettare le regole del gioco sulla base delle quali *altri* agiscono. Lo Stato-amministratore, invece, tutto proteso alla realizzazione di un interesse 'di parte' in concorrenza con altri soggetti, viene a prendere posto decisamente entro l'ordinamento giuridico stesso, ed esige perciò di essere pensato come 'persona', al pari di un qualsiasi

(95) Il riferimento ad un 'agire' dello Stato, per quanto generico e non privo di margini di ambiguità, costituirà del resto anche in futuro il nucleo essenziale di una quantità di tentativi definitorii della funzione amministrativa: cfr. p. es., tra i tanti, LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., Band II, p. 177: « Staatsverwaltung ist das staatliche Handeln, das 'Tun und Lassen' des Staates als einer handlungsfähigen Person »; ed ancora HAURIQU, *Précis de droit administratif*, cit., p. 21 ss., nell'indicare la specificità dell'attività amministrativa nella sua natura « agissante », cioè nel tendere ad uno scopo concreto di cui l'agente è responsabile; o da ultimo G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica (caratteri generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, ad vocem, t. II, p. 234: siamo in presenza di una funzione amministrativa quando gli agenti dello Stato « svolgono una continua azione pratica, tecnica e materiale, per produrre gli effetti voluti sugli elementi del mondo esteriore ».

centro d'imputazione di pretese ed obblighi di diritto privato: « è pur vero — scrive a questo proposito Romagnosi — che l'amministrare importa una serie di azioni ordinate ad utilità, e perciò involge il concetto d'una *persona* operante ed esecutrice di quelle azioni ordinate ad utilità »⁽⁹⁶⁾.

Con questo linguaggio pur così approssimativo, Romagnosi introduce la dogmatica fondamentale del diritto amministrativo ottocentesco. Accanto al modello giurisdizionale, che fino a qualche decennio prima soltanto aveva costituito l'unica tipologia definita di esercizio del potere in forma concreta, si è consolidata una nuova configurazione funzionale dell'attività pubblica, in cui certi organi statali si collocano sullo stesso piano logico dei soggetti privati, al centro di una trama di rapporti giuridici che essi liberamente creano, modificano o estinguono con la loro « azione ».

Nasce così quel concetto della personalità di diritto pubblico caratteristico dell'era contemporanea, che non ha più niente a che vedere con la vecchia personalità del principe-legislatore, cara a tutta la dottrina statalistica e volontarista d'antico regime⁽⁹⁷⁾. La funzione legislativa, ora che lo Stato si è ormai impadronito del monopolio della produzione di tutto il diritto, può tranquillamente venire presentata in termini di assoluta impersonalità, come il momento della trasformazione dinamica dell'ordinamento (anche se ancora a lungo, nel corso dell'Ottocento, si continuerà a parlare in modo retorico di una personalità complessiva dello Stato⁽⁹⁸⁾, e di

⁽⁹⁶⁾ Così in ICF, p. 358.

⁽⁹⁷⁾ Da Hobbes in poi, la personificazione del potere pubblico era servita essenzialmente per consentire allo Stato di affermare la propria sovranità (ed in particolare la sua autorità normativa generale, che ne costituisce la più immediata espressione) nell'ambito di un ordinamento che ancora lo trascendeva, e non certo, com'è ovvio, per sottolineare la propria equiparazione formale rispetto agli altri soggetti di quell'ordinamento (sul concetto di personalità dello Stato nella dottrina giusnaturalistica ancora utili le pagine di O. GIERKE, *G. Altusio e lo sviluppo storico delle dottrine giusnaturalistiche*, trad. it. di A. GIOLITTI, Torino, 1943, p. 153 ss.).

⁽⁹⁸⁾ Una panoramica dettagliata sulle dottrine in materia è offerta da A. MASSERA, *Contributo allo studio della figure giuridiche soggettive - 1. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1984. È chiaro comunque, che, come ogni amministrativista si premura di

un 'rapporto' tra legislatore e suddito, per indicare fittiziamente la semplice soggezione del cittadino rispetto al diritto oggettivo): mentre risulta ora essenziale imputare ad un soggetto quell'attività di cura degli interessi pubblici concreti che la dogmatica tradizionale risolveva ancora in forme para-giurisdizionali. La personalità pubblica si avvia così a coincidere senza residui con quella dell'Amministrazione.

8. È appunto muovendo dal suo nuovo concetto di pubblica amministrazione che Romagnosi tenta di ridisegnare *ex novo*, nel corso delle sue lezioni presso le Scuole Speciali, tutta la dogmatica delle funzioni pubbliche, secondo un itinerario che merita di esser seguito con qualche attenzione⁽⁹⁹⁾. Esso sembra significativo, infatti, non solo per gli evidenti progressi che denuncia rispetto alla vecchia dottrina d'antico regime, ma anche per la maggior cura che rivela nel definire la funzione amministrativa a fronte della nuova pubblicistica francese dei primi decenni del secolo.

I proto-amministrativisti d'oltralpe, infatti, acclarato, secondo la diffusa indicazione del pensiero politico liberale, che sia la funzione giurisdizionale come quella amministrativa consistono in un'attuazione di norme legali, tendono ad individuare la differenza specifica tra di esse nel fatto che la prima ha come proprio oggetto l'« execution » delle sole leggi civili, e la seconda invece quella « des lois de l'Etat dans les matières générales et com-

precisare nelle prime pagine del suo manuale, l'eventuale soggettivizzazione dello Stato-legislatore non ha niente a che vedere con la soggettività dell'Amministrazione (F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p. 181; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 24; A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984¹⁴, p. 6).

⁽⁹⁹⁾ La ricostruzione che segue si fonda sulla lettura combinata di due testi romagnosiani, costituiti rispettivamente dal III Libro dei *Principi* (pp. 61-69) e dall'ultima parte dei *Prolegomeni* (pp. 1389-1409). Pur senza coincidere in modo sempre preciso, le due sistematiche si ispirano ad uno schema logico sostanzialmente comune, autorizzando a nostro avviso l'interprete a cercare di ricavarne un discorso unitario completo; a quest'uopo si sono utilizzati anche i due schemi di corsi redatti nel 1810 per il Ministro della Giustizia, che hanno anzi fornito la traccia per ridisporre in un unico quadro il materiale delle altre due opere.

munes à tous »⁽¹⁰⁰⁾; ovvero ancora nel fatto che « l'autorité judiciaire prononce entre personnes ou choses privées. L'administration décide sur les choses publiques, ou entre la chose publique et la chose privée »⁽¹⁰¹⁾. Recuperando così, più o meno inconsapevolmente, il vecchio dualismo tra *justice* e *police*, essi indicano ancora il criterio decisivo per distinguere tra attività giurisdizionale ed amministrativa nella diversità materiale delle aree di competenza rispettive, più che in un differente profilo funzionale. La conseguenza forse più significativa di questa impostazione è che la giustizia amministrativa stenta ad assumere un proprio autonomo rilievo dogmatico, configurandosi invece come un semplice momento dell'attività amministrativa stessa, intesa genericamente come 'esecuzione' di norme pubblicistiche.

Il discorso romagnosiano rivela, da questo punto di vista, una trama più accorta. Innanzitutto, il nostro autore accantona completamente la preoccupazione di far coincidere ciascuna funzione pubblica con un correlativo 'potere' in senso istituzionale, e si concentra tutto, invece, nel definire teoricamente i caratteri formali con cui l'autorità pubblica si manifesta. Al posto, allora, delle due funzioni tradizionali, Romagnosi può permettersi di individuarne tre, che battezza rispettivamente « gestione », « ispezione » e « giustizia ».

La prima è costituita da « quella parte di regime pubblico, in cui l'Amministrazione esercita un'opera o funzione personale, mediante la quale produce un dato effetto »⁽¹⁰²⁾. Questa funzione è indicata da Romagnosi come « l'amministrazione in senso proprio », quella, cioè, che è più direttamente riconducibile alla sua definizione dell'attività amministrativa come « serie di azioni »; è « gestione » « l'azione diretta che un funzionario pubblico impiega nel disimpegnare per dovere o per mandato pubblico una parte

⁽¹⁰⁰⁾ BONNIN, *Principes d'administration publique*, cit., p. 26. Analogamente, molti anni dopo, MACAREL, *Cours de droit administratif*, cit., t. I, p. 10: « l'intérêt privé ... est le domaine propre de la justice; l'intérêt public est le domaine propre de l'administration ».

⁽¹⁰¹⁾ DE GÉRANDO, *Institutes*, cit., vol. I, pp. XII-XIII.

⁽¹⁰²⁾ *Breve prospetto delle materie insegnate nella scuola di Alta legislazione l'anno scolastico 1810*, EDG, vol. VII, p. II, p. 1332.

qualunque della cosa pubblica » (103). L'« ispezione », invece, viene introdotta come « quella parte di regime pubblico, nella quale l'Amministrazione esercita la sua autorità sopra le azioni o il regime altrui ». Essa consiste in « quell'azione abituale di ricerca o di vigilanza, che viene esercitata onde assicurarsi se le leggi e gli ordini siano eseguiti da chi spetta », e si risolve in uno di questi tre contenuti: « 1. l'autorità tutoria; 2. la revisione della gestione altrui; 3. la sorveglianza abituale, detta altrimenti Polizia, sia comune, sia gerarchica » (sia, cioè, avente ad oggetto la generalità dei cittadini, sia gli stessi funzionari amministrativi da parte dei loro superiori) (104). Infine, la « giustizia », rappresentata da « quella parte di regime pubblico mediante la quale in caso di conflitto tra privato e privato, o tra il privato ed il pubblico, si dichiara, dietro il disposto della legge, ciò che spetta di diritto alle parti interessate alla causa » (105).

L'aspetto dello schema che più colpisce è forse proprio quello consegnato a queste ultime righe: Romagnosi ci offre infatti un inquadramento impeccabile della funzione giurisdizionale, come attività di dichiarazione del diritto (pubblico o privato che sia), in occasione di un litigio tra due soggetti. Per quanto, dunque, l'attività amministrativa ambisca a porsi come 'esecuzione di legge', essa non potrà mai assumere — sembra dirci Romagnosi — una posizione effettivamente straordinamentale, giacché la 'chiusura' dell'ordinamento costituisce lo specifico ed esclusivo compito della funzione giurisdizionale; al contrario, la stessa riconosciuta soggettività dell'Amministrazione la iscrive automaticamente all'interno di quell'ordine legale e complessivo di cui il giudice è il garante, dichiarandola dunque a sua volta perfettamente suscettibile di comparire come 'parte' in un processo ogni volta che un privato si pretenda ingiustamente danneggiato dal suo comportamento. Poco importa che la prudenza politica abbia potuto consigliare

(103) *Ibidem.*

(104) *Ibidem.* I primi due punti si riferiscono al sistema dei controlli sugli enti locali ed ecclesiastici, che consistevano appunto nel rilascio delle autorizzazioni a stare in giudizio, a vendere e ad acquistare, nonché nella approvazione di bilanci e consuntivi.

(105) *Ibidem.*

di avocare le controversie « tra il privato ed il pubblico » alla cognizione di organi speciali, inquadrati organicamente entro il potere amministrativo: tale precauzione non può certo cambiare la specificità funzionale della loro attività, e che è e resta « giustizia ».

Entro lo spazio giuridico complessivo circoscritto e tutelato dalla « giustizia », la funzione pubblica si scinde poi nei due tronconi dell'attività ' gestionale ' ed ' ispettiva ', la cui differenza essenziale corrisponde a quella tra un ' fare ' ed un ' controllare ' dello Stato. Diversamente dall'immagine classica del vecchio Stato di Polizia, in cui l'esercizio dell'autorità pubblica tende a risolversi tutto in un'attività di controllo, consistente nell'assicurare coattivamente la conformità delle condotte individuali rispetto alle norme regolamentari, il cuore della nuova funzione pubblica è individuato ora senza incertezze nella « gestione propria e dispositiva ». Con tale espressione Romagnosi non vuole assolutamente riferirsi — come spesso accadrà, invece, nel corso dell'Ottocento — all'amministrazione ' fiscale ' o privata dello Stato, ma abbracciare invece tutto il complesso degli atti ' negoziali ', sia di diritto pubblico che privato, con cui la persona pubblica modifica i suoi rapporti giuridici con i sudditi per il conseguimento dei propri fini istituzionali; mentre la ' polizia ' tende ormai ad occupare lo spazio riconosciutole nel linguaggio contemporaneo, come semplice attività di prevenzione dei reati, che trova appunto, in questa sua missione di tutrice dell'ordine giuridico, un proprio denominatore comune con quella funzione di controllo che l'Amministrazione esercita su se stessa e sugli enti affidatigli in tutela.

9. Questa prima classificazione delle funzioni pubbliche viene a combinarsi poi, nelle lezioni di Romagnosi, con una seconda sistematica completa dell'attività statale, egualmente esaustiva, anche se fondata su un diverso criterio; fino a dar luogo ad una specie di griglia, secondo lo schema che si è approssimativamente ricostruito qui sotto ⁽¹⁰⁶⁾:

⁽¹⁰⁶⁾ Tale schema grafico non è dovuto alla penna di Romagnosi, ma costituisce soltanto un nostro tentativo di interpretazione del suo pensiero. Esso prende spunto da uno schema tripartito delle funzioni pubbliche che

giustizia	giustizia civile	giustizia civico-amministrativa	giustizia amministrativa di Stato
ispezione	' cose autentiche '	polizia comune	polizia gerarchica
gestione		gestione civica	gestione di Stato
	rapporti civili	rapporti civici	rapporti di Stato

La seconda classificazione proposta, indicata sull'asse orizzontale del grafico, è costruita non più basandosi « sulla qualità delle funzioni, ma sull'effetto cui l'Amministrazione, ... mediante le funzioni stesse, deve produrre »⁽¹⁰⁷⁾; dove, a loro volta, gli « effetti » dell'attività statale possono essere distribuiti in diverse categorie a seconda della posizione in cui l'individuo si può venire a trovare rispetto allo Stato.

Pare probabile, qui, che Romagnosi si sia servito come modello di partenza della celebre classificazione dei vari tipi di leggi esposta da Rousseau nel capitolo XII del II Libro del *Contract* — la quale del resto non ha mancato di suggestionare altri teorici dell'epoca —, sviluppandola subito, però, in maniera del tutto autonoma.

Rousseau aveva infatti distinto tre categorie di leggi positive. La prima comprendeva le leggi destinate a regolare le relazioni di tutto il corpo politico con se stesso (cioè i rapporti « du tout avec le tout »), che egli definiva appunto « politiques »⁽¹⁰⁸⁾.

il nostro autore allega al primo dei suoi due resoconti del corso del 1810 (EDG, vol. VII, p. II, p. 1331).

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁸⁾ *Contract social*, L. II, chap. XII.

La seconda si sottoarticolava in due categorie minori, quella delle leggi che regolano i rapporti dei membri tra loro o con il « corps entier ». L'ultima categoria, infine, raccoglieva le leggi penali, « qui dans le fond — notava il ginevrino — sont moins une espece particuliere de loix, que la sanction de toutes les autres »⁽¹⁰⁹⁾, secondo l'antica idea della funzione ' ancillare ' del diritto penale.

Quest'idea di classificare le leggi sulla base dei « rapports » che esse sono destinate a disciplinare — facilmente riconducibile, del resto, all'opera stessa di Montesquieu⁽¹¹⁰⁾ — sta alla base di alcune classificazioni giuridiche d'inizio secolo, di cui la più celebre resta quella del *Discours préliminaire* di Portalis, ripresa poi da Portiez de l'Oise nel già citato *Cours* parigino, che Romagnosi ben conosceva⁽¹¹¹⁾.

Si noti, tuttavia, come questi autori — compreso l'amministrativista ' Portiez — non pensino veramente ad utilizzare questo schema per valorizzare l'autonomia concettuale delle norme amministrative, che non riescono affatto a ricevere una definizione precisa dalla loro collocazione entro il quadro. La legge amministrativa, infatti, si trova respinta fuori dalla categoria delle « lois politiques » — la quale, come precisa Rousseau, comprende soltanto le norme di natura costituzionale che regolano la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e l'organizzazione dei poteri supremi⁽¹¹²⁾ — come pure, ovviamente, da quella delle leggi civili

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁰⁾ Il quale, però, pur soffermandosi a lungo sulla differenza tra *loi civile* e *loi politique* (*Esprit des Loix*, L. XXV, chapp. XV-XVII) non riesce assolutamente a focalizzare la specificità delle norme amministrative (come è costretto a notare, alla fine di un'attenta analisi, MESTRE, *Introduction*, cit., p. 275).

⁽¹¹¹⁾ J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, che citiamo dalla miscellanea *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844, pp. 16-17; PORTIEZ, *Cours de législation administrative*, p. 19 ss.

⁽¹¹²⁾ Si tratta infatti di quelle « lois fondamentales » « qui constituent la forme du Gouvernement ». È il significato tradizionale, appunto, della espressione « droit politique », inteso come diritto costituzionale fondamentale, che si trova grosso modo fatto proprio da tutti i giusnaturalisti settecenteschi (cfr. R. DERATHÉ, *Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1950, p. 22 ss.), che Romagnosi stesso usa fre-

relative ai rapporti « d'individu à individu ». Resta per accoglierle la seconda sotto-classe indicata da Rousseau⁽¹¹³⁾: la quale però finisce per essere utilizzata dalla dottrina come una categoria residuale, in cui confluiscono tutte le leggi non inscrivibili entro le due prime species, che restano le uniche definite con chiarezza sufficiente. Così tipicamente Portalis, che dopo aver isolato con geometrica precisione leggi politiche e leggi civili, rileva con un certo impaccio come « les affaires militaires, le commerce, le fisc et plusieurs autres objets supposent des rapports particuliers qui n'appartiennent exclusivement à aucune des divisions précédentes »⁽¹¹⁴⁾.

Per quanto diverso nelle conclusioni — che introducono un *tertium genus* di natura non ben precisata tra diritto pubblico e diritto privato — tale atteggiamento ricorda ancora in qualcosa la vecchia logica di Domat: che, identificate con sicurezza le leggi civili portandole a coincidenza col diritto naturale, ammassava tutto il resto del diritto (che veniva rubricato come « arbitraire », o « jus positum ») nell'unica categoria residuale denominata « droit public »⁽¹¹⁵⁾. Dopo la Rivoluzione, riconosciuta l'autonomia concettuale delle nuove norme politico-costituzionali, che vengono a collocarsi con pari dignità accanto a quelle di diritto privato, il metodo classificatorio resta invariato: una tripartizione prende il posto della vecchia classificazione dualistica, ma l'interesse scientifico del giurista continua ad appuntarsi sulle categorie normative dotate di una loro organicità 'naturale', e si sbarazza sbrigativamente di tutto ciò che resta.

L'atteggiamento di Romagnosi, nell'atto in cui si appropria del medesimo schema per riferirlo non più a 'leggi', ma a funzioni

quentemente (si pensi al titolo stesso del suo trattatello di diritto pubblico generale *Diritto naturale politico*, che abbiamo preso in esame nel prec. volume, p. 351 ss.).

⁽¹¹³⁾ A cui non sappiamo precisamente quali esatti significati il ginevrino intendesse riconnettere, giacché egli non ne tratta nella sua opera dedicata essenzialmente alle « lois politiques ».

⁽¹¹⁴⁾ *Discours*, p. 17. Così anche Portiez, il quale pure, in apertura del suo trattato, aveva introdotto una nozione ormai moderna del concetto di « lois administratives », come quelle « appliquées par les administrations ».

⁽¹¹⁵⁾ Sul punto cfr. ampiamente l'analisi di TARELLO, *Storia della cultura giuridica*, cit., p. 169 ss.

pubbliche, risulta sensibilmente diverso da quello anticipato da questi suoi possibili modelli. Delle tre aree che egli identifica, corrispondenti alle tre relazioni « civile », « civica » e « di Stato », l'unica a trovare un sicuro referente nella classificazione di Rousseau ed in quella di Portalis è la prima, relativa ai rapporti di ciascuno con i propri simili, regolati dal diritto privato secondo i principii della giustizia commutativa. La seconda, invece, esprime qualcosa di inedito rispetto ai contesti precedenti: con « relazione civica » Romagnosi intende infatti « quella di ogni individuo verso la comunanza tutta presa come aggregato di parti simili » ⁽¹¹⁶⁾, ovvero anche tra il cittadino e lo Stato quando questi si presenti come la personalizzazione dell'« unione intera dei cittadini », come il responsabile, quindi, dell'interesse collettivo immediato. Alla terza relazione, infine, quella ' di Stato ', Romagnosi non riferisce più le norme afferenti alla formazione della volontà politica, bensì una seconda specie di rapporti amministrativi tra la persona pubblica e il cittadino: quelli, cioè, in cui « l'interesse dello Stato viene concepito in modo che, per una specie d'astrazione, si separano le considerazioni personali del cittadino per concentrarsi sulla sola considerazione del tutto come persona morale ed individua, che pensa solamente al proprio interesse, e tende a soddisfare ad un dovere verso di se stessa, non curando quasi la sorte particolare dell'uno o dell'altro individuo » ⁽¹¹⁷⁾.

Più che ad una vera e propria qualificazione giuridica dei comportamenti dei pubblici poteri, questa sistematica è funzionale soprattutto a classificare i vari tipi di ' fini ' che lo Stato persegue e che si differenziano a seconda delle diverse categorie di rapporti cui afferiscono.

Iniziando dai rapporti civili, in particolare, Romagnosi respinge con fermezza la diffusa opinione ' liberale ' che essi siano del tutto indifferenti per la persona pubblica. È chiaro, invece, che essa esplica in questo ambito una gran parte della propria attività, finalizzandola alla soddisfazione dell'interesse individuale: solo che questo impegno non si manifesta nelle forme della « gestione », ma in quelle della « giustizia » e della « ispezione » —

⁽¹¹⁶⁾ *Prolegomeni*, p. 1405.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 1380.

la prima volta ad assicurare al privato la protezione dei suoi diritti soggettivi attraverso lo strumento del processo civile, la seconda ad offrirgli l'opportunità di conferire certezza giuridica ai suoi atti tramite appositi uffici, la cui attività è complessivamente indicata da Romagnosi sotto la dizione di « cose autentiche »⁽¹¹⁸⁾. Per definire nel loro insieme tutte le manifestazioni di autorità pubblica, giurisdizionali ed « ispettive », funzionali alla soddisfazione dell'interesse privato, il nostro autore propone di connotarle con la locuzione « di ordine pubblico », onde non confonderle con la vera e propria attività « di diritto pubblico » che lo Stato espleta invece per soddisfare l'interesse collettivo o quello suo proprio di persona morale.

Tale ultima qualificazione spetta invece a pieno titolo allo Stato quando esso opera nell'ambito dei rapporti « civici »; ove esso si presenta innanzitutto come « gestore », impegnato ad offrire alla collettività un vasto complesso di servizi, in parte rubricabili sotto l'etichetta dell'« amministrazione civica morale », cioè della pubblica istruzione, in parte sotto quella dell'« amministrazione civica economica », che comprende tutto « l'ordine degli stabilimenti pubblici per agevolare tutte le vie a diminuire le fatiche, i pericoli e le spese comuni e generali per il commercio e le arti in tutti quei casi, ne' quali dalla forza de' singolari non sarebbe né giusto, né possibile esigere siffatti stabilimenti »⁽¹¹⁹⁾: categoria in cui rientra la produzione e l'offerta di ogni tipo di infrastrutture di supporto alla vita associata⁽¹²⁰⁾. In veste di « ispettore civico », invece, la persona pubblica espleta la sua più antica e tradizionale funzione di polizia « comune », la quale si articola in « economica », « medica », « preventiva dei delitti » e « per i casi fortuiti ».

⁽¹¹⁸⁾ Sotto questa voce si rubricano infatti le attività svolte dagli uffici dello stato civile, da quelli notarili e del registro (PFDA, pp. 89-90).

⁽¹¹⁹⁾ PFDA, p. 92.

⁽¹²⁰⁾ « Tali sono i provvedimenti per la facilitazione dei trasporti, come l'apertura e il mantenimento di buone strade e sicure; dei canali e della spedita e sicura navigazione dei fiumi; lo stabilimento e il mantenimento delle poste, degli emporj, delle dogane ed altri luoghi di deposito », e così via (PFDA, p. 92).

Nell'ambito dei rapporti « di Stato », infine, ove l'Amministrazione non funzionalizza il suo operato ad un'utilità pubblica immediata, ma ad un suo interesse soggettivo di persona giuridica autonoma, si distingue una « polizia gerarchica » — in cui si compendia tutta l'attività di controllo e d'impulso avente ad oggetto la propria struttura burocratica interna — ed una gestione « di Stato » comprensiva di tutti quei comportamenti, autoritativi e non, diretti a sovvenire ai bisogni dell'ente-Stato: cioè a procurarsi e ad amministrare le risorse finanziarie ed umane che gli sono necessarie.

Questo dualismo a carattere teleologico tra un'amministrazione statale privata ed un'amministrazione statale obbiettivamente pubblica è apparentemente poco significativo sotto il profilo giuridico — giacché il rapporto amministrativo tra Stato e cittadino non si colora diversamente a seconda che il primo agisca in vista di un interesse immediatamente pubblico o di un interesse proprio (l'espropriazione di un'area per realizzare un'opera pubblica comprime il diritto del privato al pari dell'imposizione di un tributo i cui proventi vanno a beneficio del fisco)⁽¹²¹⁾. Tuttavia, esso è frequente nella prima manualistica amministrativa, che la utilizza a livello didattico-espositivo: Giovanni Manna, soprattutto — e dietro a lui buona parte della dottrina meridionale — si servirà di una partizione strettamente analoga, contrapponendo un'« amministrazione civile », che ha come scopo immediato la soddisfazione dei bisogni collettivi, ad un'amministrazione « di Stato », relativa all'organizzazione ed al funzionamento dei pubblici apparati⁽¹²²⁾.

Si noti tuttavia che nel discorso romagnosiano questo distinguo acquista anche un suo rilievo non secondario sul piano della giurisprudenza applicata, come risulta da un esame delle due ultime ' caselle ' dello schema, quelle forse più significative.

⁽¹²¹⁾ PFDA, pp. 93-94.

⁽¹²²⁾ Cfr. MANNA, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 62-63; e nello stesso senso, tra gli altri, G. DE CESARE, *Sommario di diritto pubblico ed amministrativo*, Napoli, 1859, vol. I, p. 7; V. NAPOLITANI, *Dei conflitti di attribuzione del contenzioso giudiziario ed amministrativo*, Napoli, 1859, pp. 74-75.

A differenza di ciò che accade nell'ambito dei rapporti « civili », infatti, sia nelle relazioni « civiche » che « di Stato » il potere pubblico non è più al servizio degli interessi dei privati, ma mira al conseguimento di finalità proprie, sacrificando all'occorrenza i diritti individuali. Ciò dà luogo ad un contenzioso strutturalmente analogo a quello interprivato, che lo Stato stesso è di nuovo chiamato ad arbitrare imparzialmente in veste di giudice. Accanto alla giustizia « civile » si viene perciò a collocare una giustizia « civica » ed una giustizia « di Stato » — la prima costituita da « tutti gli affari contenziosi propriamente amministrativi, dei quali conoscono e sui quali provengono le autorità amministrative, come p.e. i Podestà o Sindaci, i Prefetti, i Consigli di Prefettura, e finalmente il Consiglio di Stato »⁽¹²³⁾; la seconda afferente a tutti « quegli affari contenziosi interni riguardanti l'economia (conosciuti altrimenti sotto il nome di Finanze, Tesoro e Contabilità dello Stato), il sistema delle forze armate, l'ordine delle competenze e giurisdizioni ecc. »⁽¹²⁴⁾.

È rimarchevole come il nostro autore consideri alla stregua di giustizia amministrativa vera e propria soltanto quella relativa alle controversie nate nell'ambito dei rapporti civico-politici, alla quale corrisponde appunto un foro speciale distinto da quello civile: mentre le controversie « di Stato », insegna Romagnosi, « non vengono conosciute da un terzo ordine giudiziario proprio, ossia meglio da Tribunali d'eccezione; ma cadono solamente sotto la cognizione o dei Tribunali civili o degli amministrativi, e così o avanti ai Giudici ordinarj, o avanti i Consigli di Prefettura, e in ultima istanza avanti il Consiglio di Stato, secondo che l'affare presenta un carattere civile, o un carattere amministrativo »⁽¹²⁵⁾. La determinazione esatta di quest'ultima linea di discrimine sarà appunto quella che impegnerà a lungo il nostro autore nelle pagine del suo *Giornale*, come vedremo nel prossimo capitolo. Già dal passo or ora citato, però, si può desumere a grandi linee la sua filosofia generale del riparto, costruita proprio sulla distinzione tra amministrazione « civica » e « di Stato ». Mentre la

⁽¹²³⁾ *Prolegomeni*, p. 1380.

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*, p. 1381.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem*, p. 1380.

prima, avendo per scopo immediato la soddisfazione dei bisogni collettivi, è caratterizzata per ciò solo da una sorta di presunzione assoluta di specialità, che la sottopone naturalmente, ed *in toto*, ad un foro distinto da quello dei rapporti tra particolari; la seconda, invece, finalizzata all'esclusivo vantaggio di un soggetto dell'ordinamento, si sottrae al giudice di diritto comune solo nella misura in cui si assoggetta a norme giuridiche diverse da quelle civilistiche; viceversa, lo Stato continuerà a porsi come semplice fisco, soggiacendo al sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria.

La giustizia amministrativa viene così a collocarsi nell'ambito dell'ordinamento con una dignità pari a quella della giustizia civile, ed è fornita di un'area di competenza naturale tanto ampia quanto la stessa attività istituzionale dell'Amministrazione.

Non sfugga la maturità di questa presentazione, nell'ambito di una cultura giuridica che viene appena ora imparando a riconoscere la specificità dell'attività di cognizione dei ricorsi contenziosi rispetto all'amministrazione attiva e consultiva⁽¹²⁶⁾; e che fin quasi alla metà del secolo continuerà in buona parte a vedere nel sindacato del giudice amministrativo una mera eccezione legale alla competenza giudiziaria, priva di qualsiasi fondamento

(126) Non v'è dubbio, infatti, che il legislatore napoleonico dell'anno VIII, nell'atto di proclamare enfaticamente una separazione totale tra competenze degli organi del contenzioso ed amministrazione, avesse in realtà creato soltanto dei « bureaux du contentieux », che qualcuno ha potuto avvicinare agli uffici legali interni delle grandi aziende private di oggi (WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 29), i quali intervenivano su richiesta degli amministratori attivi ogni volta che si venisse a profilare « un obstacle provenant soit de la contestation des administrés, soit d'une defaillance des rouages administratifs » (così, a proposito del ruolo dei Consigli di Prefettura rispetto al Prefetto, J. J. BIENVENU, *L'organisation du conflit administratif. Recherches sur la pratique contentieuse des Conseils de Prefecture (an VIII-an XII)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, LXII (1974), p. 57). Tale discrasia tra i principii apparenti e i risultati concreti della riforma è unanimemente confermata da tutta quanta la storiografia, a partire dalla più antica (R. DARESTE, *La justice administrative en France, ou traité du contentieux de l'administration*, Paris, 1872, p. 178) fino a quella oggi più autorevole (CH. DURAND, *Études sur le Conseil d'Etat napoléonien*, Paris, 1949, p. 454).

dogmatico ⁽¹²⁷⁾. E se è vero, com'è stato eloquentemente ricordato, che « il diritto amministrativo è ... giustizia amministrativa » ⁽¹²⁸⁾, la percezione dell'autonomia funzionale del giudice amministrativo diventa la spia indubitabile di un ben più vasto progetto: quello di costruire un diritto speciale per regolare i rapporti giuridici tra lo Stato e il cittadino.

⁽¹²⁷⁾ Ancora nel 1843, per es., un giurista della statura di Solon non esitava a sostenere, in aperta polemica con Macarel, che « il est impossible de ne pas considerer la jurisdiction administrative comme un demembrement de la justice ordinaire » (*Répertoire des juridictions civile, commerciale et administrative*, Paris, 1843, vol. I, p. 77).

⁽¹²⁸⁾ F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, p. 592.

CAPITOLO TERZO

GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Separazione dei poteri e tutela nei confronti dell'Amministrazione tra Sette e Ottocento: i modelli fondamentali. — 2. La separazione dei poteri nella Repubblica Italiana: la specificità originaria del sistema cisalpino rispetto a quello francese. — 3. Dopo il 1805: il nuovo assetto introdotto dal Terzo Statuto costituzionale secondo la lettura di Romagnosi. — 4. Gli elementi di continuità rispetto al periodo repubblicano: in particolare, l'ambigua natura dei « conflitti di attribuzione ». — 5. La clausola generale di attribuzione applicata dal Consiglio di Stato del Regno: le principali tendenze della giurisprudenza. — 6. Il 1810 come momento di 'svolta' giurisprudenziale nella pratica del riparto. — 7. L'importanza del 'caso Bogliacco' nella dottrina di Romagnosi: la nuova definizione di pubblica amministrazione ed i suoi riflessi sulla filosofia della separazione. — 8. La ridefinizione della funzione giurisdizionale e l'istituto dei conflitti.

1. Da quando, a partire dall'ultimo secolo di vita dell'antico regime, gli ordinamenti statali più progrediti del continente cominciano a disporre di una struttura amministrativa centralizzata, soggettivamente autonoma rispetto agli organi a carattere giurisdizionale, nasce il problema di definire esattamente i rispettivi ambiti di competenza dell'una e degli altri; problema che, implicando la necessità di precisare che cosa sia 'giustizia' e che cosa 'amministrazione', costituirà poi la croce e la delizia della futura scienza amministrativistica ottocentesca.

Allo spirare del Settecento, è indubbio che su tale questione non esiste ancora una specifica elaborazione dottrinale, un pensiero riflesso e definito capace di risolversi in formule sintetiche generali. È lecito, tuttavia, tentare di evincere dalla realtà istituzionale dell'epoca i probabili modelli teorici più o meno consapevolmente adottati dalla cultura giuridica: i quali, schematizzando al massi-

mo, si possono forse ridurre a due forme fondamentali, destinate a riemergere ed a confrontarsi tra loro nel dibattito giuspolitico assai vivace sul tema che caratterizzerà i primi decenni del secolo seguente.

Il primo modello, che potremmo considerare il più conforme allo schema classico dello Stato di Polizia più evoluto, si fonda sul mantenimento di una vecchia pietra angolare della dottrina pubblicistica tradizionale: quella, cioè, della doppia personalità dello Stato.

Esso presenta innanzitutto 'giustizia' ed 'amministrazione' come due attività strettamente equivalenti, consistenti ambedue nell'applicazione di norme, e distinguibili tra loro attraverso un rinvio al vecchio dualismo *jus receptum-jus positum*. Agli organi giurisdizionali viene cioè affidata l'applicazione del diritto 'privato', nel senso forte di diritto 'dei privati', di diritto oggettivo prestatuale, mentre agli uffici amministrativi spetta invece di far osservare le norme 'regolamentari' prodotte dallo Stato nell'esclusivo interesse pubblico, ed aventi ad oggetto non l'utilità dei singoli, ma il mantenimento dell'ordine e del benessere collettivo (secondo quello che, anteriormente alle codificazioni, è il compito tipico della legge del principe). Da ciò discende naturalmente che l'attività amministrativa, proprio in quanto funzionalmente analoga a quella espletata dal giudice (ancorché diretta, a differenza di quest'ultima, alla soddisfazione di un interesse pubblico) non può a sua volta formare oggetto di un sindacato giurisdizionale. Sarà possibile, sì, configurare dei rimedi interni alla struttura amministrativa, concettualmente paralleli al sistema dei vari gradi di giurisdizione nell'ambito giudiziario; ma proprio in forza di tale analogia, essi si svolgeranno nelle stesse forme tipiche dell'attività del potere amministrativo, provocando da parte delle istanze di grado superiore non un 'giudizio', ma un nuovo apprezzamento dell'interesse generale, formalmente identico a quello che costituisce l'oggetto del ricorso.

Un esempio eloquente di questa meccanica istituzionale, che torna utile per cominciare ad inquadrare concretamente la realtà nell'ambito della quale Romagnosi si troverà ad operare, è offerto dal dispaccio giuseppino dell'11 febbraio 1786, che rappresenta il coronamento finale della politica accentratrice condotta dagli

Asburgo in Italia ⁽¹⁾. Nell'atto stesso in cui il principe, spazzando via definitivamente l'antico governo 'per giudici' e rimpiazzandolo con una struttura fortemente gerarchizzata di uffici, consacra il ruolo della nuova burocrazia, egli si premura immediatamente di precisare come l'attività dei nuovi organi sia necessariamente sottratta ad ogni sindacato giurisdizionale: « saranno pure eccettuate dal foro contenzioso tutte quelle vertenze e questioni che potranno emergere dall'esercizio regolativo e coattivo delle facoltà economiche, che saranno attribuite nel nuovo sistema generale della pubblica amministrazione al Consiglio Governativo, alla Direzione delle Regie Finanze ed agli intendenti o siano capi politici delle Provincie oppure agli uffici dipendenti dalle ora dette superiorità ». « Simili questioni — prosegue il dispaccio — (salva la discussione giudiziaria della ragione privata fra parte e parte che vi fosse frammischiata), siccome esse richiedono soltanto l'interpretazione e l'applicazione ai singoli casi delle prescrizioni e regole veglianti nelle materie politiche e camerali, saranno perciò soggette unicamente alla cognizione e dichiarazione dei capi a cui ciò spetterà secondo le rispettive loro istruzioni » ⁽²⁾.

In questo testo troviamo sintetizzati esemplarmente ambedue gli elementi ostativi alla pensabilità di una giustizia amministrativa. Da una parte, infatti, si sottolinea implicitamente l'equivalenza della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale (ambedue consistono in un'attività di interpretazione e di applicazione di norme, con la differenza che il giudice applica il diritto oggettivo, l'amministrazione il regolamento del principe); dall'altra si fa rilevare che l'esclusione dell'attività amministrativa dal contenzioso non è un atto arbitrario del sovrano, ma una conseguenza naturale ed inevitabile del tipo di norma di cui l'amministrazione di serve. Diretta a tutelare esclusivamente l'interesse pubblico, la legge amministrativa non è strutturalmente capace di conferire diritti a chicchessia, e dunque di dar luogo ad una vertenza giurisdizionale: la sua effettività si esaurisce integralmente tramite « l'applicazione » ai singoli casi da parte della stessa au-

⁽¹⁾ Sul punto cfr. per tutti VISCONTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 71 ss.

⁽²⁾ Il testo del provvedimento, che qui citiamo al suo art. 18, in ASMi, *Uffici giudiziarii P.A.*, cart. 198.

torità amministrativa. 'Giudicare' questa attività, ben prima che politicamente improponibile, è impensabile sul piano logico, giacché si tratta di una funzione di chiusura dell'ordinamento perfettamente parallela a quella che il giudice compie 'interpretando' ed 'applicando' leggi civili.

Tutto ciò vale fintanto che lo Stato si presenta come autorità garante dell'ordine sociale, come 'police'. Non appena esso sospende questa sua funzione di regolatore e di responsabile della pace pubblica, per occuparsi invece della propria amministrazione privata, torna a rendersi immediatamente giustiziabile proprio in quanto in tale veste si presume che utilizzi lo stesso diritto comune che regola i comportamenti di tutte le persone giuridiche private. Lo Stato che contratta, lo Stato che percepisce l'imposta, lo Stato che arruola milizie: per quanto in alcuni di questi momenti si possa certo configurare la presenza di un potere d'imperio, per sua natura sottratto ad ogni sindacato, non appena esso si è consumato (ad es. attraverso l'iscrizione a ruolo del tributo, o l'apprensione unilaterale del bene oggetto d'esproprio), si apre uno spazio che viene immediatamente rioccupato dal diritto privato, anche se 'corretto' a favore della persona pubblica da un nugolo di privilegi⁽³⁾; ancora nel corso del Settecento, il ricorso allo statuto autoritativo è infatti considerato alla stregua di un fenomeno relativamente eccezionale quando si tratti, per lo Stato, di acquisire risorse finanziarie, beni o servizi necessari a soddisfare i propri bisogni. Entro quest'area, dunque, risulta concepibilissimo un vero e proprio rapporto giuridico tra il privato e lo Stato come fisco, come persona giuridica privata, naturalmente assoggettabile ad un sindacato giurisdizionale al pari di qualunque altro rapporto tra i soggetti dell'ordinamento.

(3) Lo Stato espropria, ma il fisco può essere convenuto in risarcimento; lo Stato nomina agli uffici pubblici, il fisco può stipulare un contratto di prestazioni d'opera col funzionario; lo Stato impone un tributo, il fisco lo riscuote agendo contro l'obbligato con gli strumenti di diritto privato speciale che gli sono propri; il cittadino che ha pagato un'imposta *sine causa* può agire contro il fisco con la *condictio indebiti* e così via (cfr. G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1891, vol. III, p. 432; CAMMEO, *Commentario sulle leggi della giustizia amministrativa*, cit., p. 189 ss.).

È vero che ' sindacato giurisdizionale ' non significa sempre e necessariamente, nel corso della storia dell'antico regime, ' sindacato del giudice del diritto comune ' ; spesso la ragion di Stato consiglia di deferire le cause fiscali ad un giudice specializzato, in origine, magari, particolarmente vicino al principe (« in quo non mediocre fisci privilegi versatur », come avverte la vecchia dottrina ⁽⁴⁾). In ogni caso, però, si tratta sempre di magistrature delegate, dotate di un elevato grado di autonomia organica, e che giudicano secondo le minuziose procedure e la mentalità formalistica tipica dei corpi giudicanti ordinarii, di cui finiscono per condividere spesso la vocazione polemica nei confronti del monarca ⁽⁵⁾. Nell'ambito dell'esperienza lombarda, in particolare, il ruolo del giudice fiscale ancora nel corso del Settecento spetta essenzialmente a quel Magistrato Camerale, che è insieme anche competente alla gestione delle risorse finanziarie dello Stato; mentre dopo il 1786, a seguito della sua soppressione da un lato e della totale burocratizzazione della magistratura ordinaria dall'altro, Giuseppe II si sentirà abbastanza sicuro da rinunciare alla figura di un giudice speciale, per affidare le funzioni correlative ad organi specializzati appartenenti al potere giudiziario ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ PEREGRINUS, *De privilegiis et juribus fisci*, cit., L. VII, tit. I, p. 151.

⁽⁵⁾ Abbondanti indagini esistono soprattutto sugli organi di questo tipo presenti nell'ambito della più risalente esperienza francese, dai secoli XV-XVI in poi (dalla *Cour des Comptes* alla *Cour des Aides* ai *Bureaux de finances*: sul loro funzionamento e sul loro « rapprochement » alle giurisdizioni ordinarie cfr., tra le cose meno antiche, il primo capitolo dell'opera di J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970; nonché MESTRE, *Introduction historique*, cit., pp. 182-189; elementi utili anche in J. PHYTILIS, *Justice administrative et justice déléguée au XVIII siècle. L'exemple des Commissions extraordinaires de jugement à la suite du Conseil*, Paris, 1977.

⁽⁶⁾ In particolare, ai due tribunali di prima istanza di Milano e Mantova, salvo sempre il giudizio in appello e in revisione secondo le norme generali del regolamento di procedura (VISCONTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 71). Questo tipo di assetto a giudice unico è caratteristico pure dell'ordinamento prussiano a partire dalla fine del Settecento, quando vengono soppresse le vecchie Kammer istituite all'inizio del secolo, fino alla creazione del tribunale amministrativo superiore nel 1875 (per tutto questo

Il secondo tipo di modello, invece, paradigmaticamente rappresentato dall'esperienza francese dell'ultima fase dell'antico regime e del periodo rivoluzionario, si fonda su quel noto principio « juger l'administration, c'est encore administrer », che sarà peraltro codificato in forme autoconsapevoli dalla dottrina soltanto nel corso della Restaurazione (7). L'impianto del sistema, qui, prescinde dalla distinzione tra fisco e Stato, ed assegna semplicemente agli organi dell'amministrazione il compito di soddisfare, in modo tendenzialmente esaustivo, tutta la domanda di giustizia nei confronti dello Stato. Il discrimine tra giudice e amministratore viene individuato attribuendo all'autorità giudiziaria il compito di statuire « sur les rapports des citoyens d'entr'eux » ed a quella amministrativa la funzione di decidere « sur les rapports des citoyens avec l'Etat ».

A sorreggere questa scelta, si badi, sta un atteggiamento per molti versi analogo a quella manifestato dal legislatore giuseppino nel

periodo, secondo la valutazione di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1961 (ma 1^a ed. Leipzig, 1885), p. 172 ss., il sistema ammise soltanto la giustiziabilità del fisco, non dello Stato come Amministrazione; sul tema cfr. ora anche C. TOMMASI, *Le origini della giustizia amministrativa in Germania. Il caso della Prussia e l'opera di Rudolf Von Gneist*, in *Annali dell'Istituto italo-germanico di Trento*, X, 1984, p. 45 ss.). Considerazioni analoghe valgono per la situazione austriaca, in cui un vero giudice amministrativo non esistette, anche qui, fino alla riforma del 1875. Nella Germania meridionale, invece, a partire dal periodo napoleonico si diffusero tribunali amministrativi variamente esemplati sul modello francese: il sistema più celebre fu quello istituito nel Württemberg (sul tema, in sintesi, E. FEHRENBACH, *L'influenza della Francia napoleonica sul sistema giuridico-amministrativo della Germania*, in *Rivista di storia del diritto contemporaneo*, I (1976), p. 17 ss.).

(7) Sull'economia logica del principio cfr. soprattutto SANDEVOIR, *Études sur le contentieux de pleine juridiction*, cit., p. 69 ss., ove per la prima volta viene segnalata tutta l'importanza di questa norma non scritta ai fini di una ricostruzione storica delle origini del contenzioso amministrativo; ma anche ampiamente CHEVALLIER, *L'élaboration historique*, cit., p. 108 ss. Diffusissimo nella dottrina successiva al 1815, il brocardo si trova sostanzialmente ripetuto — anche se naturalmente con certe differenze di formulazione — negli scritti di amministrativisti come Firmin Laferrrière o Delamalle, nei discorsi di uomini di Stato come Cuvier o di giuristi politicamente 'impegnati' come Portalis.

passo su citato: l'incapacità, cioè, di isolare concettualmente la cognizione del contenzioso materiale sorto dall'attività amministrativa dall'attività amministrativa stessa. « Dans ces cas — scriveva per esempio Sirey — administrer, c'est juger »⁽⁸⁾. Ed Henrion de Pansey ribadiva lo stesso concetto in un passo famoso osservando che « on administre donc en deux manières: par des ordonnances en forme de lois, et par des décisions en forme de jugements... Pourvoir, par des ordonnances, à l'exécution des lois, à la surêté de l'Etat, au maintien de l'ordre public, aux differents besoins de la société; c'est administrer. Statuer, par des décisions, sur les reclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que les particuliers se croiroient en droit de former à leur execution, c'est encore administrer »⁽⁹⁾. La specificità di questo modello, quindi, a fronte dell'altro, si risolve soprattutto in un elemento negativo — la perdita di rilevanza giuridica, cioè della figura del fisco —. Gli organi amministrativi acquisiscono una competenza generale su tutte le controversie derivanti comunque dalla loro attività, a spese dell'autorità giudiziaria.

La motivazione politica di questa evoluzione è assai nota, e si ricollega alle specifiche vicende e difficoltà che segnarono in Fran-

(8) J. B. SIREY, *Du Conseil d'Etat selon la Charte constitutionnelle*, Paris, 1818, p. 235: si tratta di una delle primissime monografie dedicate all'attività di quest'organo, dovuta alla penna di Jean Baptiste Sirey — 1762-1845: il celebre avvocato che nel 1800 iniziò a pubblicare il *Recueil général des arrêts*, e di cui si ricordano soprattutto i *Codes annotés* della fine degli anni '20 —. Frutto della rielaborazione di un altro opuscolo precedente di qualche anno, il saggio si propone di 'rilanciare' il ruolo istituzionale del Consiglio contro tutti quei nutriti settori dell'opinione pubblica che negli anni della Restaurazione vi vedevano solo un odioso residuo dell'autoritarismo napoleonico.

(9) P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Bruxelles, 1834 (ma 1ª ed. Paris, 1810), p. 199. Si tratta di righe particolarmente significative, in quanto collocate appunto non all'interno di un trattato di diritto amministrativo, ma in un saggio sull'ordinamento giudiziario giustamente famoso per il suo taglio storico-critico. Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey (1742-1829) fu, com'è noto, uno dei giuristi più in vista sotto l'Impero e (soprattutto) la Restaurazione: ha legato la sua fama, oltre che all'opera citata, ai suoi noti studi feudistici e più ancora ai contributi sul « pouvoir municipal », di cui abbiamo già avuto occasione di esaminare alcune pagine nel vol. prec., cap. VII.

cia la formazione dell'apparato burocratico-amministrativo sotto l'antico regime. Pur avendo iniziato con un buon anticipo la sua politica di accentramento rispetto agli altri Stati continentali, il monarca francese si imbattè in un complesso di resistenze di cui si riuscì ad aver ragione completa solo con la Rivoluzione⁽¹⁰⁾. Ciò comportò la scelta di sottrarre per tempo alla cognizione delle magistrature delegate ogni controversia d'interesse pubblico, per assegnarla alla struttura funzionariale direttamente dipendente dal principe (Conseil du Roi e intendenti provinciali) ai quali erano ordinariamente commessi anche compiti d'amministrazione attiva⁽¹¹⁾.

A fronte di questo notorio fenomeno ne va però segnalato anche un altro: il fatto, cioè, che lo Stato d'antico regime si va facendo carico di tutta una serie di nuovi compiti istituzionali (costruzione di infrastrutture ed offerta di servizi al pubblico)⁽¹²⁾ non più riconducibili alla sua canonica funzione istituzionale di « maintenir la tranquillité publique entre tous les hommes, et les contenir dans cet ordre, indépendamment de leur disposition à l'intérieur »⁽¹³⁾. In margine a queste nuove forme di attività, in cui si sperimentano strumenti giuridici nuovi o si adattano alle diverse esigenze quelli tradizionali, si viene a costituire quindi un'area di controversie tra Stato e sudditi non più riducibile esattamente entro la vecchia alternativa che lega indissolubilmente il potere d'im-

⁽¹⁰⁾ Per tutti cfr. MOUSNIER, *Les institutions de la France*, cit., vol. II, p. 559 ss.; E. HINRICH, « Giustizia » contro « Amministrazione ». *Aspetti del conflitto politico interno al sistema nella crisi dell'ancien régime*, in AA.VV., *La società francese dall'ancien régime alla Rivoluzione*, a cura di C. CAPRA, Bologna, 1982, p. 199 ss.

⁽¹¹⁾ Una scelta che sarà duramente stigmatizzata, durante tutto il corso dell'antico regime, da parte delle Corti, adducendo motivazioni di carattere già garantistico-liberale, destinate poi ad esser riproposte all'infinito, nel corso dell'Ottocento, da parte dei fautori del giudice unico (MESTRE, *Introduction*, cit., p. 213).

⁽¹²⁾ Per una panoramica generale sui servizi pubblici dell'Amministrazione francese in quest'epoca, cfr. il corso di R. VILLERS, *De quelques services publics à la fin de l'ancien régime*, Paris, 1967-68.

⁽¹³⁾ Così DOMAT, *Traité des Loix*, chap. X, ed. cit., p. 12, nel sintetizzare l'essenza del concetto di 'police' caratteristico dello Stato d'antico regime.

perio all'esercizio della *police*, e lo statuto privatistico all'amministrazione privata. Si pensi tipicamente a tutto il settore del contenzioso dei lavori pubblici, già sviluppatissimo sotto l'antico regime e di sicuro non concettualmente omogeneo rispetto alle controversie fiscali in cui lo Stato si presenta come semplice titolare di un suo patrimonio, e non come erogatore di prestazioni socialmente utili; mentre, per contro, diventa impossibile scorporare il momento dell'autorità da quello in cui la persona pubblica accetta di sottoporsi al diritto oggettivo nell'ambito per esempio di tutte le nuove tipologie contrattuali, in cui si moltiplicano le facoltà concesse all'Amministrazione di incidere unilateralmente sul rapporto con la sua controparte⁽¹⁴⁾.

Tutto ciò contribuisce a spiegare per qual motivo la cultura giuridica francese a cavallo tra i due secoli abbia scelto di abbandonare definitivamente quell'impianto dualistico che pure, con le sue evidenti valenze 'liberali', esercitava su di essa un fascino indubbio. Dietro all'ovvia volontà di privilegiare l'amministrazione⁽¹⁵⁾, la soluzione di sottrarre al giudice ordinario le controversie con lo Stato esprime anche questa consapevolezza: che la vecchia rappresentazione dogmatica bipartita fisco-principe non è più in grado di 'contenere' l'attività pubblica, e che ai nuovi compiti che si vanno profilando devono corrispondere nuove forme di tutela.

I fautori del giudice unico, a partire dai dibattiti dell'epoca della Restaurazione, hanno avuto sempre buon gioco nel rilevare che la specificità dei rapporti tra i privati e lo Stato non può giu-

(14) Sulla contrattualità delle amministrazioni d'antico regime, oltre a PETOT, *Histoire de l'administration des Ponts et Chaussées*, cit., p. 50 ss., cfr. FR. MONNIER, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII siècle*, Paris, 1984.

(15) Rilevata polemicamente da una quantità di critici (tra gli altri cfr. in tal senso F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807 ss.). Si tenga conto, comunque, che l'attenta analisi condotta da Pierre Sandevour sui dibattiti all'Assemblea costituente (*Études*, cit., pp. 51-57) ha dimostrato che i rivoluzionari erano assai meno preoccupati dalle possibili prevaricazioni del giudice ordinario nei confronti dell'autorità amministrativa di ciò che si è a lungo pensato, e che la 'ragion di Stato' non giocò affatto un ruolo decisivo nelle loro scelte in materia di separazione dei poteri.

stificare l'introduzione di un giudice speciale. Posto che il compito di tutelare tutti i diritti soggettivi spetta per definizione all'autorità giudiziaria, e che, non avendo alcuna rilevanza giuridica contro chi questi diritti sono fatti valere, non vi è alcun motivo per spogliare il giudice ordinario di una parte delle sue competenze naturali: il vecchio schema dualistico può ben contenere il nuovo contenzioso materiale, dilatando semplicemente l'area delle antiche controversie 'fiscali' assegnate da sempre all'autorità giudiziaria⁽¹⁶⁾. Argomento formalmente impeccabile; che però trascura la vischiosità della mentalità giuridica, e la sua tradizionale abitudine, in particolare, a limitare il sindacato del giudice ordinario entro l'area di vigenza del solo diritto privato. Col che, la scelta per il giudice unico rischia di pregiudicare l'acquisizione di nuovi spazi di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, condannando il diritto pubblico a coincidere per sempre con un insieme di norme 'regolamentari', congenitamente incapaci di attribuire diritti (come dimostrerà eloquentemente la nostra esperienza postunitaria)⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. per tutti la critica di Tocqueville alla prima edizione del manuale di diritto amministrativo di Macarel, in una relazione tenuta all'Académie des sciences morales et politiques nel 1846 (ed ora in A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, Torino, 1969, p. 234 ss.), in cui si fa rilevare, appunto, che l'accertamento di un diritto soggettivo « positivo e acquisito, che si fonda su delle leggi che da esso procedono e che si tratta di constatare, testo legislativo alla mano », non possa che spettare sempre all'autorità giudiziaria, niente rilevando la circostanza che il convenuto sia un privato o lo Stato. Nello stesso senso, già molti anni prima, il celebre articolo del Duca De Broglie sulla *Revue française* del 1828, a cui si fanno risalire di solito le origini dell'ideologia ottocentesca del giudice unico.

⁽¹⁷⁾ Dove il giudice unico abilitato nel 1865 a pronunciarsi su tutte le controversie tra Stato e privati aventi ad oggetto un « diritto civile o politico » (e cioè corrispondenti, nelle intenzioni del legislatore, grosso modo alla stessa area che nel sistema francese era 'coperta' dal giudice amministrativo) si ridusse invece fin da principio a conoscere delle sole cause a contenuto rigorosamente privatistico, circoscrivendo cioè il proprio sindacato entro la stessa zona di competenza riconosciuta al giudice ordinario francese o poco più oltre (per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979, p. 23 ss.).

Con ciò, beninteso, non si vuole certo sostenere la superiorità 'tecnica' dei sistemi a giudice amministrativo su quelli a giurisdizione unica⁽¹⁸⁾: l'efficacia funzionale di questi schemi dipende tutta dall'utilizzazione storica che se ne fa.

È un fatto, comunque, che lo schema adottato in Francia consentirà, nel giro di qualche decennio, di conseguire progressi apprezzabili. Riconosciuta l'autonomia funzionale del giudice amministrativo⁽¹⁹⁾, la dottrina potrà aderire senz'altro ad una concezione compiutamente soggettivizzata di tutta quanta l'attività ammini-

(18) L'affermazione, assai comune soprattutto nell'ambito della dottrina francese, è del resto smentita in modo evidente dalla realtà storica (si pensi esemplarmente all'esperienza belga) e facilmente contestata dalla dottrina più accorta. La stessa atrofizzazione del sindacato giudiziario ordinario nella nostra esperienza postunitaria, come hanno dimostrato ricerche recenti, non può essere considerata come il risultato 'fatale' ed in qualche modo già scontato della scelta compiuta dal legislatore del 1865, ma dipese da precisi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che prevalsero in seguito sulla interpretazione rigoristica e 'liberale' della clausola generale di riparto proposta dalla legge (M. A. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985).

(19) Obbiettivo che comincia già a concretizzarsi con la riforma delle procedure contenziose davanti al Consiglio di Stato del 1806. Il motto « juger l'administration, c'est encore administrer » godrà grande fortuna nel corso della Restaurazione, è vero, ma soprattutto come argomento contro i fautori del giudice unico, non contro i partigiani dell'indipendenza del giudice amministrativo. Alla metà del secolo, una volta che questi avrà definitivamente consolidato la propria posizione nell'ordinamento, Vivien potrà permettersi di dichiarare finalmente senza mezzi termini che « juger c'est juger », e che il giudice dell'amministrazione ha uno statuto del tutto fungibile rispetto a quello ordinario (*Études administratives*, Paris, 1852², vol. I, p. 130: la prima ed. di questo celebre saggio risale al 1845). L'opera di Alexandre-François Vivien (1799-1845), avvocato, consigliere di Stato e uomo politico, può essere considerata sotto vari aspetti come la tappa d'arrivo di questa prima fase prodromica dello sviluppo del diritto amministrativo francese: per questo ci richiameremo abbastanza frequentemente ad essa come punto di riferimento comparativo onde valutare il grado di sviluppo raggiunto dalla dottrina precedente. Della figura di Vivien, tipico esponente di quel grande ceto di tecnocrati dell'amministrazione che da Napoleone in poi ha costituito il nerbo della classe dirigente francese, cfr. il brevissimo ma intenso ritratto lasciatoci da Tocqueville (*Souvenirs*, Paris, 1978, p. 258).

strativa, e non più solo di quella 'fiscale'. È vero, certo, che all'inizio il sindacato del nuovo giudice è circoscritto ad un'area di rapporti ancora molto limitata, di fronte alla quale sta un'enorme sfera di comportamenti 'discrezionali' che sfuggono al suo controllo: ma questa stessa contraddizione diventa avvertibile da parte degli operatori, e tale da ingenerare l'esigenza di un suo superamento, solo nel momento in cui si cominci a concepire l'amministrazione come un soggetto di diritto unitario, sottoposto ad un giudice *ad hoc*, e dunque potenzialmente responsabile in tutti gli ambiti della sua attività. Finché, viceversa, ci si arresti alla soggettivizzazione del solo fisco, facendo consistere tutto il resto dell'attività amministrativa in un'applicazione delle norme regolamentari ai casi concreti, non si riesce nemmeno a configurare un sindacato sull'Amministrazione che sia strutturalmente omogeneo a quello cui soggiace in genere l'attività degli altri soggetti dell'ordinamento. La progressiva conquista dell'area della discrezionalità, che costituirà la grande epopea dell'Ottocento francese, è preparata e resa concettualmente possibile dall'affermazione preliminare della soggettività dell'Amministrazione.

Il contributo di Romagnosi alla formazione di una giustizia amministrativa di tipo moderno si inquadra appunto entro questo contesto generale. Per apprezzarne compiutamente il valore, esso deve essere collocato nel panorama della cultura giuspolitica lombarda a lui contemporanea, in cui i due modelli descritti sono destinati a confrontarsi in un dialogo assai serrato durante tutto il periodo napoleonico.

2. Il dato da segnalare subito è che la realtà istituzionale lombarda nei primi anni dell'egemonia francese imposta il problema della giustizia nell'amministrazione secondo stilemi per certi versi più contigui rispetto alla recente tradizione austriaca che non a quelli proposti dalla coeva esperienza della Francia rivoluzionaria.

Invero, finché ci si limita a considerare i rimedi puramente interni alla struttura amministrativa, l'ordinamento cisalpino (e più tardi repubblicano) presenta un profilo identico a quello d'oltralpe. Fondato sulle nuove formule del costituzionalismo francese, che codificano con geometrica precisione i contenuti del principio di

gerarchia ⁽²⁰⁾, esso si colloca del resto su di una linea comune anche alla tradizione giuseppina sopra ricordata — che è poi quella tipica di ogni struttura burocratica centralizzata —. Una volta esaurita l'azione amministrativa, al privato che si ritenga in qualunque modo pregiudicato da essa è riconosciuta la facoltà di ripercorrere a ritroso la grande cascata delle autorità amministrative per chiedere una revisione del loro operato; revisione che non si risolve in un atto di giustizia, ma soltanto in un diverso e più maturo apprezzamento dell'utilità generale. Appellandosi a quelle facoltà autoritative ordinariamente concesse a qualunque amministratore nei confronti dei suoi inferiori, ed esercitabili ugualmente d'ufficio, il cittadino non provoca alcuna *iuris-dictio*, alcun accertamento avente ad oggetto un rapporto giuridico, ma solamente — nel linguaggio dell'epoca — una nuova « provvidenza economica » in sostituzione della precedente (giusta il principio della revocabilità degli atti amministrativi) ⁽²¹⁾.

Le differenze rispetto all'esperienza francese emergono invece quando si considerino i rimedi a carattere contenzioso.

Già a partire dalla legge 6-11 settembre 1790 il legislatore francese aveva sottratto all'autorità giudiziaria la conoscenza di un gruppo di materie tipicamente ' fiscali ' — tali cioè da rendere configurabile in modo evidente una bilateralità di diritti e di obblighi patrimoniali tra privato ed amministrazione: contratti d'appalto di lavori pubblici, imposte dirette, alcune indennizzazioni —, per at-

⁽²⁰⁾ Cfr. soprattutto l'art. 193 della Costituzione dell'anno III, ripreso in forme invariate da tutte le nostre costituzioni del triennio: « Les administrations municipales sont subordonnées aux administrations du département, et celles-ci aux ministres. En conséquence, les ministres peuvent annuler, chacun dans sa partie, les actes des administrations de département, et celles-ci les actes des administrations municipales, lorsque ces actes sont contraires aux lois ou aux ordres des administrations supérieures ».

⁽²¹⁾ Principio che non a caso Romagnosi, nei *Principj*, collocherà immediatamente accanto a quello dell'esperibilità del ricorso gerarchico contro qualsiasi atto amministrativo (PFDA, p. 6). In Francia, le origini rivoluzionarie di questo rimedio vengono solitamente indicate nell'art. 60 del decreto 14 novembre 1789 sull'organizzazione delle municipalità (che ammetteva il ricorso del privato alle autorità del dipartimento contro gli atti delle municipalità); in Italia, una norma analoga è costituita dall'art. 17 della legge 18 luglio 1797.

tribuire il giudizio sulle correlative controversie ai direttori di distretto e di dipartimento, organi dell'amministrazione attiva (22). Condizionata da una forma di inconscio conformismo rispetto alla tradizione della vecchia monarchia (23), che da lunghissimo tempo sottraeva quelle controversie alle Corti per attribuirle alla giurisdizione intendentizia (24), la Costituente non si pose allora troppi problemi teorici; senza dettare alcun criterio generale di attribuzione, essa ricorse alla tecnica dell'enumerazione legale, che nel corso degli anni successivi fu usata di nuovo una quantità di volte per estendere mano a mano la competenza contenziosa delle autorità amministrative, attribuendo ad essa il suo caratteristico aspetto frastagliato ed empiricamente fluttuante.

La Lombardia del triennio 'giacobino', al contrario, sembra per certi versi scorrere ancora lungo i binari dell'ultimo riformismo asburgico; il quale, offrendo una reinterpretazione intransigente e razionalista del vecchio dualismo tra fisco e Stato, aveva escluso radicalmente, da una parte la sindacabilità giudiziaria delle manifestazioni autoritative dello Stato, ma dall'altra aveva spinto fino in fondo l'omologazione della figura del fisco ad una persona privata, con l'ammettere una competenza generalizzata del giudice ordinario su tutti indistintamente i rapporti privatistici di cui l'Amministrazione fosse parte (25).

(22) A parte la competenza sulle controversie relative alle indennità di esproprio (che nel 1810 fu affidata al giudice ordinario) l'enumerazione del 1790 rappresentò il primo, indefettibile nucleo della giurisdizione amministrativa, destinato ad accrescersi nel corso degli anni seguenti (un'analisi attenta di questo testo e dei suoi sviluppi in R. DARESTE, *Études sur les origines du contentieux administratif en France*, IV, in *Revue de droit historique français et étranger*, III (1857), p. 99).

(23) CHEVALLIER, *L'élaboration historique*, cit., p. 73 ss.

(24) Obiettivo che non veniva raggiunto tramite la predisposizione di un'area di competenza legalmente definita, ma per lo più semplicemente clausolando ogni atto con una deroga espressa al foro ordinario per tutte le controversie tra privato ed amministrazione (o anche solo tra privati) che da esso fossero potute derivare (per tutti MESTRE, *Introduction*, p. 192). In più, la lettera di commissione di certi funzionari — tipicamente gli intendenti — poteva autorizzarli ad esercitare la giurisdizione contenziosa su determinati rapporti, che restavano così implicitamente sottratti al sindacato giudiziario.

(25) Art. 16 dispaccio 11 febbraio 1786, cit.

A quanto pare, questo tipo di assetto a giudice unico, che qualcuno ha avvicinato, per le sue valenze liberali, a quello vagheggiato dal nostro legislatore postunitario nel '65 (e che comunque richiama futuri atteggiamenti della cultura giuridica tedesca nel corso dell'Ottocento), poteva vantare allora una presa abbastanza forte sulla coscienza dei contemporanei: come del resto testimonierà la sua intatta riproposizione, dopo il 1815, nel contesto istituzionale del Regno Lombardo-Veneto, a dispetto di un'esperienza napoleonica verso la fine della quale il giudice amministrativo era pur riuscito ad imporsi con una certa nettezza⁽²⁶⁾.

(26) Con l'abolizione delle strutture napoleoniche, la Lombardia della Restaurazione tornò in effetti ad ispirarsi a principii come i seguenti: che « non possa aver luogo in verun contratto erariale che riguarda la vendita e l'appalto di beni e proventi, ovvero le somministrazioni, la rinunzia al diritto di prevalersi dei rimedj legali innanzi ai rispettivi tribunali di giustizia » (Notificazione 5 novembre 1819, in *Raccolta degli atti del Governo e delle disposizioni generali emanate dalle diverse autorità*, Milano, 1819, pt. I, p. 186: ove invece legislazione e giurisprudenza francesi erano compatte nell'attribuire le vertenze sorte su contratti di forniture o sull'appalto di diritti fiscali agli organi del contenzioso); che in calce ai contratti stipulati dalla pubblica amministrazione debba essere al contrario inserita la seguente clausola: « resta libero alle autorità pubbliche, oppure a quelle a cui spetta, d'invigilare sull'esecuzione del contratto, di prendere tutte le misure atte all'esatta osservanza del contratto stesso, rimanendo dall'altro canto ai contraenti intatto il diritto di rivolgersi ai tribunali di giustizia per tutti quei titoli e competenze che credessero poter loro risultare dal contratto medesimo » (Notificazione 22 luglio 1820, in *Raccolta degli atti*, 1820, pt. I, p. 59); e che, infine, avendo il Governo rilevato molte volte « che o l'ignoranza delle parti, o la mira di allontanare la decisione delle cause portate davanti ai tribunali giudiziarij ha elevato dei dubbj di competenza amministrativa politica, ove non si trattava che di oggetti d'interesse privato », invece della lunga e complessa procedura codificata dal regolamento procedurale civile per la decisione di siffatte eccezioni, la questione fosse decisa in via breve dal Governo stesso (ove curiosamente l'intervento del potere amministrativo è prefigurato come una forma di difesa del sindacato giudiziario ordinario: Notificazione 21 luglio 1819, in *Raccolta degli atti*, cit., 1819, pt. II, p. 315). Il paragone di questo sistema con quello inaugurato nel '65 nell'Italia unita è proposto da A. SANDONA, *Il Regno Lombardo-Veneto 1814-1859. La Costituzione e l'Amministrazione*, Milano, 1912, p. 213: un accostamento valido solo entro certi limiti. In realtà, infatti, mentre nella sua formulazione originaria il criterio di riparto introdotto nel 1865 non intendeva assolutamente sottrarre al giudice ordinario la cognizione

All'inizio dell'egemonia francese, in particolare, le pur note tendenze mimetiche del legislatore italiano rispetto a quello d'oltralpe⁽²⁷⁾ non riescono ad introdurre nell'ordinamento alcun testo normativo corrispondente alla legge 6-11 settembre 1790. È alla sola autorità giudiziaria che è riservato il compito di accertare ciò che è diritto tra le parti — anche quando una delle parti è lo Stato stesso, o quando comunque esso si trova variamente interessato alla controversia —, mentre all'Amministrazione ci si rivolge solo per chiedere una revisione di misure precedentemente assunte, senza che vi sia la possibilità di far valere di fronte ad essa alcun diritto. La legislazione del triennio ci ricorda, infatti, che pur essendo attribuito alla pubblica Amministrazione « l'esercizio delle provvidenze economiche di sua competenza, e dei rimedi occorrenti alla loro esecuzione », tale esercizio deve intendersi limitato alla « effezione del pubblico bisogno », mentre le « emergenze » riguardanti l'interesse dei privati sono sempre riservate alla cognizione dei tribunali ordinarii⁽²⁸⁾. Conseguente-

dei rapporti regolati dal diritto pubblico, non escludendo affatto che da essi potesse scaturire un diritto soggettivo per il cittadino (secondo le già segnalate indicazioni del liberalismo intransigente francese), il sistema inaugurato in Lombardia nel 1786 limitava l'area interessata dalla tutela giurisdizionale alla sola « ragion privata », conformemente alla distinzione tra fisco e Stato.

⁽²⁷⁾ Sottolineate energicamente da C. GHISALBERTI, *Le Costituzioni 'giacobine' (1796-1799)*, Milano, 1973², il quale indica in particolare come anche sul fronte della separazione dei poteri si siano seguite soluzioni strettamente affini a quelle della Francia direttoriale (p. 150 in nota). È noto, soprattutto, che a partire dalla legge 1 termidoro a. V, relativa all'organizzazione delle Municipalità, il compito di decidere sui conflitti di attribuzione tra autorità giudiziaria ed amministrativa fu affidato ai Ministri, salvo conferma del Direttorio, conformemente alla legge francese 27 fruttidoro a. III; mentre si abilitarono espressamente le Amministrazioni dipartimentali a ricevere le « denunce » contro gli atti delle Amministrazioni municipali (legge 18 luglio 1797). Per quanto esatte siano queste notazioni, occorre però rilevare come l'equilibrio tra competenza giudiziaria e competenza amministrativa riveli tuttavia alcune significative specificità rispetto all'esperienza francese.

⁽²⁸⁾ Così la « Legge normale di Polizia » 10 vendemmiaio anno VI, art. 37 (si tratta di un testo a carattere generale sulle funzioni dell'amministrazione decentrata che, elaborato dai Comitati provvisori nel 1797, ri-

mente, tali provvidenze amministrative non possono « fare stato nei confronti del privato interesse », o « indurre alcuna alterazione nella sostanza dei diritti rispettivi. Essi sono sempre esponibili nel competente giudizio civile per tutti quegli effetti che, salva l'esecuzione delle provvidenze suddette, possono essere di ragione »⁽²⁹⁾; mentre è assai significativo che la giurisdizione sulle controversie sorte da contratti d'appalto con la pubblica amministrazione resti rigorosamente giudiziaria, essendo ammesso, sì, che l'Amministrazione possa autonomamente « risolvere le questioni contingibili con l'appaltatore, in quanto riguarda la qualità e la forma delle opere convenute, ma non in quanto alla sostanza ed alimento intrinseco della convenzione, e degli obblighi rispettivamente assunti, dovendo questa risoluzione riservarsi alle ispezioni di giustizia »⁽³⁰⁾.

L'attività istituzionale dell'Amministrazione viene dunque collocata entro uno spazio per definizione vuoto di diritto, e non mai collidente rispetto al sindacato dell'autorità giudiziaria (il giudice, anzi, può arrivare a « sospendere l'esecuzione delle cose ordinate dalla Polizia amministrativa », salvo che il provvedimento contenga la menzione dell'urgenza)⁽³¹⁾. Come contropartita, evidentemente, l'attività amministrativa è dichiarata del tutto irresponsabile, e sottratta ad ogni possibile controllo giurisdizionale (la legge ammette, sì, che il privato possa chiedere in via giudiziale « il reintegro del danno indebitamente sofferto, o della spesa incontrata » a seguito dell'emanazione di un atto amministrativo⁽³²⁾, ma ciò non certo contro lo Stato, bensì solo contro un altro privato, « una Comune o un altro simile corpo », il quale

marrà in vigore formalmente fino alla fine del periodo napoleonico, a fissare una serie di principii che travalicano ampiamente il settore specifico dell'ordine pubblico al quale solo, pure, si riferisce il preambolo; vedine il testo in *Raccolta di tutte le leggi, proclami, ec. emanati in Milano dall'ingresso dei Francesi fino al giorno dell'Installamento del Corpo legislativo della Repubblica Cisalpina*, Milano-Como, s.d., vol. V, Appendice; su questo testo normativo cfr. anche ROBERTI, *Milano capitale napoleonica*, cit., vol. II, p. 245).

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, p. 39.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, p. 41.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽³²⁾ *Ibidem*, p. 42.

fosse « di ragione obbligato » all'esecuzione di quelle prestazioni legali che l'Amministrazione ha posto erroneamente a carico dell'attore⁽³³⁾: il caso classico è ancora quello delle manutenzioni stradali⁽³⁴⁾.

Qualunque possa essere, dunque, il giudizio su questo modello, certo è che esso esclude radicalmente qualunque spazio tale da accogliere, neppur in via ipotetica o potenziale, l'eventuale figura di un giudice amministrativo. L'unico ambito in cui risulta pensabile amministrare la giustizia è quello dei rapporti interprivati, già completamente 'coperto' dal giudice ordinario.

Nella Francia direttoriale, viceversa, la sensibilità degli operatori cominciò ad avvertire, in questi anni, l'esistenza di un'area di « *matières contentieuses* » naturalmente esclusa dalla competenza dell'autorità giudiziaria, anche se non per questo meno meritevole di una tutela rigorosa. Come già notavano i primi commentatori, non c'è dubbio che tutta questa prima area di contenzioso materiale — beni nazionali, debito pubblico, stato degli emigrati, ampi settori della contrattualità amministrativa e così di seguito — non fosse altro che un « *demembrement* » della competenza giudiziaria, imposto dalle circostanze eccezionali della guerra e della Rivoluzione⁽³⁵⁾; in questo senso, esso non rappre-

(33) Come si affretta a precisare lo stesso articolo ultimo citato. L'attività amministrativa è concepita come un arbitraggio tra interessi privati, che per definizione esclude l'amministrazione da qualunque rapporto giuridico con i destinatari del suo potere.

(34) Settore in cui « la Polizia amministrativa può ordinare le opere a carico di chi ne riconosca debitore (ai sensi dei regolamenti vigenti), ma non resta tuttavia al medesimo precluso l'adito di mostrare nella via civile il proprio disobbligo » (art. 40 legge cit.), citando in giudizio il soggetto realmente responsabile delle riparazioni in questione.

(35) Gli stessi giuristi che più tardi, durante il grande dibattito degli anni della Restaurazione, si dichiareranno a favore del mantenimento della giustizia amministrativa riconosceranno che le sue origini rivoluzionarie sono largamente riconducibili a circostanze di carattere contingente: tra le quali, quella più decisiva data dal fatto che lo Stato si trovò improvvisamente ad essere proprietario di una enorme massa di beni immobili a seguito della nazionalizzazione del patrimonio ecclesiastico, della soppressione degli ordini religiosi e della requisizione *ex lege* delle proprietà degli emigrati. Fu la scelta di sottrarre tutto il contenzioso correlativo al sindacato giurisdizionale

sentava di sicuro l'acquisizione di una nuova area di tutela per il cittadino, in quanto non si *aggiungeva*, ma si *sostituiva* ad un sindacato altrimenti spettante al giudice ordinario. Certo è, però, che questa prima rottura dell'unicità della giurisdizione, proprio perché così decisa ed aperta, fu sufficiente ad introdurre nella mentalità collettiva l'idea che l'Amministrazione potesse esercitare ordinariamente un sindacato materialmente giurisdizionale sulla propria stessa attività, distinto dalla cognizione dei ricorsi in via gerarchica, e candidato a raggiungere, negli anni seguenti, un enorme sviluppo.

Anche in Italia, evidentemente, non mancarono analoghe stimolazioni, provocate da esigenze politiche abbastanza affini; ma non ne seguì una stessa consapevolezza. Chi ripercorra oggi i dibattiti sulla giustizia nell'amministrazione che si svolsero negli anni della Repubblica Italiana e del Regno Italico ha la sensazione che operatori giuridici e uomini di Stato dell'epoca, prima ancora di nutrire un'evidente diffidenza di carattere politico nei confronti della figura del giudice amministrativo, stentassero ad inquadrarla sul piano concettuale stesso.

Nonostante che il modello francese si presentasse infatti come l'esempio più autorevole e facile da imitare, pare di registrare in questi anni una sorta di resistenza passiva alla sua penetrazione.

La Francia comincia a dare una prima, pur grossolana sistemazione alla figura del giudice amministrativo con la grande riforma di piovozo, che, istituzionalizzando a livello dipartimentale il dualismo tra Consigli di Prefettura e Prefetto, affidava ai primi la competenza di giudicare il contenzioso amministrativo, ed al secondo il disbrigo dell'amministrazione attiva; mentre a livello

a determinare l'esigenza di costituire, all'interno dell'Amministrazione, organi e strutture capaci di far fronte alla gigantesca domanda di giustizia che attorno a queste materie si era venuta condensando (SIREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., p. 145 ss.; *Rapport de M. Cormenin, lu dans la première séance de la commission des conflits (2 février 1828)*, in A. H. TAILLANDIER, *Commentaire sur l'ordonnance des conflits*, Paris, 1829, p. 13: quest'ultimo testo, che costituì la relazione legislativa alla nuova ordinanza sui conflitti di attribuzione del 1828, contiene il primo vero bilancio ponderato della giustizia amministrativa francese dalla Rivoluzione in avanti, e si segnala perciò distintamente all'attenzione dello storico).

centrale lo stesso bipolarismo di attribuzioni si riproduce nel rapporto tra Governo e Consiglio di Stato⁽³⁶⁾.

Nell'ordinamento della Repubblica Italiana, al contrario, non fu prevista alcuna istituzione veramente comparabile ai Consigli di Prefettura francesi (se si eccettua l'organo di identico nome introdotto dalla legge 24 luglio 1802, il quale però era composto di due soli funzionari dalle competenze meramente consultive rispetto al Prefetto)⁽³⁷⁾. A livello centrale troviamo invece, già previsto dalla Costituzione di Lione, un organo che sembra potenzialmente deputato ad assumere il ruolo che di lì a qualche anno spetterà al Conseil d'Etat d'oltralpe in sede contenziosa: alludiamo cioè a quel Consiglio legislativo che nel 1805 muterà la propria denominazione in quella di Consiglio di Stato, e che tutto addita, già nel periodo repubblicano, come il pilastro del nuovo contenzioso⁽³⁸⁾. Intanto, però, è sintomatico che la stessa

(36) Sulla legislazione amministrativa dell'anno VIII, nell'ambito di una letteratura abbondantissima, basti rinviare a G. GABOLDE, C. PIERNET, *Pluviose an VIII: les débuts du Conseil de Préfecture*, in *La Revue administrative*, XIV (1950), p. 110 ss.; F. PONTELL, *Le régime autoritaire et les grandes lois organiques de l'an VIII*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, XV (1954), p. 226 ss., il cui contenuto è poi ripreso in Id., *Napoléon 1^{er} et l'organisation autoritaire de la France*, Paris, 1965², p. 42 ss.

(37) Nonostante che fosse stato preparato un progetto, in epoca contemporanea alla legge francese 28 piovoso, che modellava i Consigli appunto sull'esempio d'oltralpe (P. AIMO, *Alle origini del contenzioso amministrativo*, cit., p. 125), la legge citata (artt. 13-14) ridusse in effetti il Consiglio di Prefettura a due « luogotenenti » di nomina governativa, che il Prefetto era tenuto a consultare prima di pronunciarsi su un qualsiasi ricorso a lui indirizzato. Nell'ipotesi di divergenza tra Prefetto e luogotenenti, la « questione di pubblica amministrazione » veniva deferita, attraverso i ministri competenti, al Consiglio legislativo per la decisione. È evidente, quindi, che a differenza del sistema francese qui non vi è ancora alcun tentativo di distinguere, se pur approssimativamente, amministrazione attiva e giustizia amministrativa.

(38) Ben distinto sul piano organico sia dal Governo che dal Corpo legislativo, e composto « per lo meno di dieci cittadini ... eletti dal Presidente e rivocabili dal medesimo dopo tre anni », esso svolge funzioni analoghe a quelle del suo 'confratello' francese: da un lato sostiene le proposte di legge del Governo davanti al Corpo legislativo in contraddittorio con la Camera degli oratori; dall'altro, più genericamente, funge da organo

formula costituzionale che consacra le sue attribuzioni — quell'art. 100 della Costituzione di Lione secondo il quale « le questioni di pubblica amministrazione sono di privata competenza del Consiglio legislativo » — non fosse compreso nel progetto predisposto dai deputati cisalpini, ma sia stato aggiunto in seguito da Napoleone stesso, nel corso della sua rielaborazione del testo proposto ⁽³⁹⁾. Il problema che la classe dirigente si troverà ad affrontare nel corso degli anni seguenti sarà proprio quello di dare un significato ad una formula che è per essa, in qualche misura, una scatola vuota.

Come dimostra già a sufficienza, in effetti, la documentazione d'archivio pubblicata a suo tempo da Emilio Bussi ⁽⁴⁰⁾, la cultura giuspolitica dell'epoca sembra non riuscire a comprendere come possa esistere, oltre ad uno Stato-amministratore per forza di cose totalmente irresponsabile e ad uno Stato-fisco giustiziabile da parte del giudice ordinario, un *terzo* modo di essere della persona pubblica, capace di giustificare l'introduzione nell'ordinamento di un giudice speciale.

Una delle testimonianze più significative di questa difficoltà concettuale è offerta da una relazione dell'Avvocato Nazionale Crespi, indirizzata al Governo nel 1802 contro uno dei progetti

consultivo immediato del Capo dello Stato « in tutti gli affari ne' quali il Presidente lo ricerca » (art. 77 Costituzione di Lione).

⁽³⁹⁾ Cfr. U. DA COMO, *I comizi di Lione*, Bologna, 1938, vol. III, p. 257. Secondo il progetto originario, il Consiglio legislativo non avrebbe infatti dovuto avere alcuna competenza di carattere contenzioso. La formula dell'art. 100 viene così ad occupare, nell'ambito della costituzione del 1802, lo stesso ruolo che in quella francese dell'anno VIII spettava all'art. 52, conferente al Conseil d'Etat il compito di « résoudre les difficultés qui peuvent s'élever en matière administrative »: l'uno e l'altro promettono che l'organo sarà qualcosa di più di una semplice istanza amministrativa, senza però sbilanciarsi col precisarne meglio la natura (anche se la Carta nostrana colloca l'art. 100 nel titolo XIII, relativo al potere giudiziario).

⁽⁴⁰⁾ E. BUSSI, *Per la storia dei conflitti giurisdizionali. Dal Consiglio legislativo al Consiglio di Stato, 1797-1815*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, XII (1940), p. 211 ss. Un'analisi assai più completa e circostanziata del dibattito, corredata da gran copia di materiale inedito, sarà offerta dalla prima parte dell'annunciato lavoro del Prof. Aimò sul contenzioso del Regno Italico, di cui, nel testo, si riprendono alcune conclusioni.

più innovatori che si ebbero in quegli anni⁽⁴¹⁾. Secondo questo autorevole funzionario, il solo significato possibile da attribuire all'espressione « questioni di pubblica amministrazione » era il seguente: « tutto ciò che lascia incerto il governo sull'intelligenza di qualunque Legge o regolamento di pubblica amministrazione per cui si trova in necessità di provocarne la spiegazione, per indi farne la applicazione ai casi speciali, e volerne l'esecuzione, nei quali due ultimi oggetti, appunto, consiste essenzialmente l'esercizio del Potere Esecutivo »⁽⁴²⁾.

Le norme amministrative — potremmo dire parafrasando il pensiero di Crespi in un linguaggio più moderno — sono tutte quante norme d'azione, cioè incapaci, per la loro stessa natura, di descrivere un rapporto giuridico tra lo Stato e il privato, e perciò non suscettibili di dar luogo né ad un contenzioso, né ad un sindacato giurisdizionale. L'unico modo per attribuire un senso all'articolo 100 è quello di scomporre l'attività amministrativa stessa, isolando il momento puramente intellettuale della cognizione della norma da quello volitivo della sua attuazione concreta, ed affidando il primo ad un organo tecnico-giuridico specializzato. In tale prospettiva il Consiglio legislativo non si presentava affatto come qualcosa di pur vagamente simile ad un giudice, ma come un interprete qualificato di norme, che veniva in aiuto all'autorità amministrativa ogni qual volta essa si trovasse, per qualche motivo, in difficoltà nella loro applicazione⁽⁴³⁾.

(41) Il progetto di « Regolamento unico » in questione, predisposto dallo stesso Consiglio legislativo nel novembre del 1802 e decisamente orientato nel senso di attribuire all'organo una connotazione assai precisa in senso paragiurisdizionale, non fu fatto proprio dal Governo forse proprio a seguito delle violente critiche di Crespi (su cui cfr. subito *infra* nel testo). Sul ruolo istituzionale dell'Avvocatura dello Stato (di cui Crespi, già reggente della Legazione della Repubblica Cisalpina a Parigi, era divenuto dal 1800 uno degli esponenti di maggior prestigio) nell'ambito dell'ordinamento napoleonico cfr. ROBERTI, *Milano capitale napoleonica*, cit., vol. II, p. 291 ss.

(42) Così Crespi nella sua relazione sul progetto al Ministro dell'Interno in data 28 dicembre 1802 (ASMi, *Giustizia civile, P.G., Cause di pubblica amministrazione*, cart. 4, e BUSSI, *Per la storia dei conflitti*, cit., p. 223).

(43) In questo senso, infatti, la conclusione di Crespi, il quale proponeva, nel suo rapporto, di riconoscere la competenza del Consiglio « quando nasce dubbio sull'intelligenza del testo di qualunque legge o regolamento, che

Grosso modo, fu questa l'impostazione che prevalse nella caratterizzazione funzionale dell'istituto fino al 1805. Il fatto che, nel dare attuazione all'art. 100, come subito vedremo, si fosse previsto di consentire l'accesso al Consiglio anche alle parti private, su loro ricorso contro atti già perfetti della pubblica Amministrazione, non cambiava in modo decisivo l'inquadramento dogmatico delle sue funzioni: le quali avrebbero dovuto consistere in ogni caso nell'offrire una rilettura delle norme utili « a stabilire una massima direttiva della pubblica Amministrazione », senza che ciò implicasse il conferimento di un vero potere di cognizione sul rapporto giuridico concreto tra Amministrazione e cittadino — un rapporto la cui esistenza non era forse ancora percepita.

Può darsi che a determinare questa soluzione teorica abbia influito anche il ruolo costituzionale complessivo spettante al Consiglio nel quadro stabilito dalla carta di Lione. Essa, in effetti, pur modellando questa nuova istituzione sulla falsariga del Conseil d'Etat d'oltralpe, come organo tecnico-giuridico di supporto governamentale (art. 43), conferiva uno speciale risalto alle sue competenze in materia legislativa, mutandone anche significativamente la denominazione rispetto al confratello francese, e rimarcando bene che il suo voto sui progetti di legge aveva efficacia deliberativa, e non meramente consultiva come su tutti gli altri affari a lui sottoposti dal Governo⁽⁴⁴⁾. Si tratta di sfumature essenzialmente formali, ma che forse contribuirono anch'esse a presentare le attribuzioni contenziose del Consiglio come una specie di manifestazione specializzata delle sue mansioni legislative: nell'art. 100 si leggeva in sostanza il naturale diritto di un organo legislativo ad interpretare le leggi che esso aveva concorso a produrre⁽⁴⁵⁾. Mentre d'altra parte, se ricordiamo quanto, fin dal-

serva a stabilire una massima direttiva della pubblica Amministrazione, ommessa per parte del Consiglio, l'applicazione ai casi speciali siccome competente esclusivamente al Potere Esecutivo » (BUSSI, *Per la storia*, cit., *ibidem*).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. artt. 76 e 77 Cost. di Lione; una simile precisazione espressa manca, invero, nel corrispondente testo francese dell'anno VIII.

⁽⁴⁵⁾ Le indagini attualmente disponibili sulla prassi costituzionale del periodo repubblicano rivelano, in realtà, che il Consiglio nostrano fu abbastanza lontano dall'occupare, nella elaborazione legislativa del periodo, quel

l'inizio, la vita del Consiglio nostrano risultasse segnata da una profonda rivalità con i Ministri preposti ai vari dicasteri, decisi a difendere gelosamente la loro sfera di attribuzioni dalle intrusioni di questo nuovo protagonista dalla natura istituzionale non ben definita⁽⁴⁶⁾, pare piuttosto logico che esso facesse leva, per affermare la propria autorità nell'ambito contenzioso, su quelle sue attribuzioni di carattere legislativo meno contestabili da parte dei suoi avversari, in quanto meglio specificate dalla Costituzione.

Il disegno normativo che scaturisce da questo complesso di motivazioni politico-ideologiche, già abbozzato dalla normativa provvisoria interna che il Consiglio si dette nel 1802⁽⁴⁷⁾, emerge con nettezza dai due testi fondamentali del 4 e del 17 marzo 1803, mai abrogati formalmente fino al 1814. Si tratta di due decreti, che definiscono rispettivamente la competenza del Consiglio legislativo a fronte dell'amministrazione attiva da un lato e dell'au-

ruolo centralissimo ed autorevole che nel sistema francese spettò al Conseil d'Etat durante il Consolato ed i primi anni dell'Impero. A quanto pare, infatti, la progettazione effettiva dei testi veniva essenzialmente condotta all'interno dei vari ministeri, ed il Consiglio si limitava per lo più a valutare proposte già predisposte (così G. ANCARANI, *Gli organi di governo della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milano, 1969, p. 71). Il che però non incideva sulla qualificazione formale dell'organo, che era e restava di natura prevalentemente legislativa.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. sul punto ancora BUSSI, *Per la storia dei conflitti giurisdizionali*, cit., pp. 224-227 (con riferimento ad una relazione di Aldini a Melzi del febbraio 1803, da cui emerge con chiarezza il forte timore dei capi dell'Amministrazione di assoggettarsi daccapo ad un governo di giudici; più in generale, sul rapporto tra Consiglio di Stato e Ministri, ANCARANI, *Gli organi di governo*, cit., p. 90).

⁽⁴⁷⁾ Pubblicata da Bussi nell'art. cit. da ASMi, *Giustizia civile, P.G.*, cart. 4. Si tratta di due testi approvati dal Consiglio stesso in data 10 giugno 1802, che non furono mai convertiti in legge né in decreto del Capo dello Stato, e che pure sembra che abbiano conservato una certa effettività fino all'entrata in vigore della nuova normativa del marzo 1803. Il primo di essi precisava che si dovevano intendere quali « questioni di pubblica amministrazione » tutte quelle che fossero sorte « sull'interpretazione ed applicazione delle leggi, e regolamenti disponenti » in una serie di materie enumerate; mentre con una norma di chiusura aggiungeva in genere tutte le controversie sorte « nell'interpretazione ed applicazione delle leggi e regolamenti » relativi « alla pubblica amministrazione, anche ove quest'ultima non fosse parte in causa ».

torità giudiziaria dall'altro. La norma fondamentale su cui si regge il sistema è la seguente: « il Consiglio legislativo negli affari contenziosi amministrativi, che gli sono assoggettati, decide la sola questione di pubblica Amministrazione sulla intelligenza, ed applicabilità delle Leggi e dei Regolamenti, che servono di norma alla pubblica Amministrazione, e dove questi mancassero dei principi generali di diritto pubblico relativi alla medesima, e rimette nel resto le parti al potere Esecutivo o ai Tribunali ordinari secondo le rispettive competenze » (48).

Fissata in questo modo l'area di competenza del Consiglio, è facilmente desumibile *a contrario* quella della magistratura ordinaria da una parte e dell'amministrazione attiva dall'altra. La prima conoscerà di ogni controversia tra privati ed Amministrazione in cui non si sollevi alcun dubbio sul senso di una norma *amministrativa*, ovvero si faccia soltanto « questione dell'intelligenza ed applicabilità » di norme appartenenti al mero diritto privato (49); mentre al semplice ricorso in via gerarchica verranno lasciate tutte le controversie in cui non « vi sia luogo a quistioni in linea di giustizia sui diritti delle Parti interessate o della Nazione », ma soltanto un reclamo circa l'opportunità di una determinata misura amministrativa (50).

(48) Decreto 4 marzo 1803, art. 4.

(49) È questa l'evidente conclusione che si estrapola dall'art. 1 del decreto 17 marzo 1803, portante i limiti della competenza del giudice ordinario, quando si evidenzi il risvolto positivo dei divieti che esso pone: « in ogni causa avanti li Tribunali di Giustizia che possa involvere questioni di pubblica Amministrazione ove queste cadano sull'intelligenza ed applicabilità delle Leggi e dei Regolamenti di pubblica amministrazione od in loro mancanza dei principii generali di diritto pubblico relativi alla medesima e perciò siano di cognizione del Consiglio legislativo a norma dell'art. 4 del regolamento pubblicato con Decreto del Governo 4 marzo 1803 Anno II, dovranno li Tribunali, sebbene non siasi fatta alcuna istanza delle parti, sospendere il giudizio e rimettere gli atti di Ufficio col mezzo del Commissario del Governo al Gran Giudice Ministro della Giustizia da inoltrarsi al Vice-Presidente per la decisione del Consiglio legislativo sulla competenza del Giudiziaro ».

(50) Questo, a quanto sembra, il senso dell'art. 1 del decreto 4 marzo: « nella pubblica Amministrazione affidata dalla Costituzione e dalle Leggi al Potere Esecutivo, qualora vi sia luogo a quistioni in linea di giustizia sui diritti delle Parti interessate, o della Nazione, i Ministri, o i Prefetti,

Il disegno, considerato in sé e per sé, rivela un grado notevole di raffinatezza culturale, e rappresenta un evidente passo in avanti rispetto al sistema rigidamente dualistico dell'antico Stato di polizia. Le « questioni amministrative » hanno infatti raggiunto, bene o male, una posizione mediana tra il contenzioso giudiziario e l'attività amministrativa; e vi è già l'idea che al privato possano spettare dei « diritti » nei confronti dello Stato-amministrazione. Il limite della costruzione, tuttavia, è piuttosto evidente, e consiste nel presentare l'intervento del Consiglio non come una cognizione sul rapporto giuridico tra Amministrazione e privato, bensì come un'attività interpretativa di una particolare categoria di norme. La totale mancanza di giurisprudenza pubblicata per questo periodo ci impedisce di sapere quali fossero i poteri effettivi che il Consiglio si riconosceva: ma è certo che osservando i testi legislativi l'unica conclusione lecita all'interprete è che esso si limitasse a decisioni puramente dichiarative *in jure*.

Questa particolare caratterizzazione funzionale discende dalla *ratio* che l'istituto assume nell'ambito dell'ordinamento. In Francia, la sottrazione delle controversie in materia amministrativa al giudice ordinario, motivata sulla base del principio implicito « *juger l'administration, c'est encore administrer* », aveva lo sco-

secondo le rispettive competenze procedono a quelle deliberazioni, o provvidenze economiche, che credono più convenienti agli oggetti della pubblica Amministrazione, ma rimettono o riservano la questione ai Tribunali ordinarii, o al Consiglio legislativo, secondo le rispettive competenze ». La lettura indicata nel testo risulta avvalorata anche dall'art. 15 della citata legge 24 luglio 1802: « in caso di gravame o di ritardata provvidenza da parte del Prefetto, si ricorre direttamente ai Ministri, se l'affare sia puramente amministrativo, e al Consiglio legislativo, se si tratti di questioni di pubblica amministrazione ». È chiaro, dunque, che nel linguaggio legislativo dell'epoca l'espressione « questioni di pubblica amministrazione » equivale approssimativamente a quelle che in Francia si definiscono « *matières contentieuses* » in contrapposto a materie discrezionali o di pura amministrazione. Si noti, infine, come il decreto 4 marzo non preveda più una lista di materie enumerate, come quello del 10 giugno 1802 di cui prende il posto: tutto il peso del sistema pare ora gravare sulla clausola generale di riparto contenuta nel suo testo. Da ultimo, il decreto non detta alcuna norma di raccordo con gli artt. 13 e 19 della legge 24 luglio 1802, disciplinanti la giurisdizione dei due luogotenenti e del Prefetto, ma sembra che niente ostasse ad una loro applicazione come per l'avanti.

po essenziale di difendere il libero svolgersi dell'azione amministrativa dai possibili intralci dell'autorità giudiziaria. Lo scopo, invece, a cui deve servire il Consiglio legislativo nell'esercizio delle sue attribuzioni *ex art.* 100 sembra quello di difendere il prodotto della funzione legislativa da possibili applicazioni distorte o tendenziose da parte dell'Amministrazione stessa, non meno che dell'autorità giudiziaria; col risultato di presentare le funzioni del Consiglio in materia contenziosa come un prolungamento della sua vocazione legiferante, secondo un principio implicito che potrebbe suonare press'a poco così: « interpretare norme di diritto pubblico, o decidere quando esse debbano essere applicate, è ancora legiferare ».

Se questa è la *ratio* che si sottende alla formula della « intelligenza ed applicabilità » delle norme amministrative, Romagnosi — che ne sarà critico impietoso — ne rintraccia senza incertezze le radici ideologiche nella normativa rivoluzionaria creatrice del c.d. *référé facultatif* (ovvero nella legge 16-24 agosto 1790)⁽⁵¹⁾. Il riferimento non è peregrino, anche se bisognerebbe dar conto del lungo cammino che separa i furori illuministici dei costituenti francesi dalla appartata e tutt'altro che smagliante esperienza istituzionale italiana sotto Napoleone. Di fatto, una certa analogia con

(51) Art. 12, tit. II legge cit., secondo il quale i tribunali « s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Romagnosi polemizza duramente con l'istituto rivoluzionario del *référé* in GGU, t. III, p. 19 ss., dove, dopo averlo stigmatizzato per il malcostume che esso diffonde nell'autorità giudiziaria, punta l'indice contro certi « regolamenti del regno » — che sembrano averlo risuscitato dall'oblio, accentuandone anzi le tendenze degenerative —, per concludere alla fine nel modo seguente: « non sussiste dunque, né può ragionevolmente sussistere il preteso motivo della quistione della applicabilità di un regolamento onde rendere una causa portata avanti ai giudici civili di competenza amministrativa, come alcuni pretendono, appoggiati soltanto ad una momentanea aberrazione commessa sull'esempio della legge francese 1790 (leggi: del citato art. 12 tit. II dell'ordinamento giudiziario del 1790, di cui ha parlato fin qui), sì perché quella legge non fu mai intesa nel senso che sospendere si dovesse la decisione di una causa pendente avanti i giudici civili ... e sì perché dappoi essa fu abrogata come contraria alle costituzioni e ai diritti delle parti litiganti... » (p. 22). Su questo motivo polemico si ritornerà ampiamente più avanti.

il tipo di logica che presiedeva al *référé* si può cogliere nelle stesse modalità di accesso al Consiglio in sede contenziosa. I decreti del 1803 avevano previsto e disciplinato soprattutto, accanto al ricorso diretto delle parti contro le « deliberazioni del Potere Esecutivo »⁽⁵²⁾, il caso che fossero invece proprio gli operatori dell'uno o dell'altro ordine ad adire la giurisdizione consiliare tutte le volte che davanti a loro nascesse una controversia sulla « intelligenza od applicabilità » di una norma di pubblica amministrazione⁽⁵³⁾ — proprio come dovevano fare un tempo i giudici francesi secondo il meccanismo del *référé*, rivolgendosi al Corpo legislativo « toutes les fois qu'ils croiront nécessaire ... d'interpréter une loi ».

È ovvio però che resta una differenza enorme tra la filosofia che motivava la legge del 1790 e quella sottesa ai decreti del 1803: là il legislatore ammetteva e sollecitava il *référé* per un dubbio interpretativo riguardante *qualunque specie* di legge (mentre erano ovviamente esclusi i regolamenti del potere esecutivo, che all'epoca neppure esistevano): lo scopo della normativa era infatti quello di abituare i giudici ad un sacrale rispetto per il prodotto della volontà generale⁽⁵⁴⁾. Qua, invece, il divieto di interpretazione vale per le sole leggi « di Amministrazione pubblica », mentre tutte le altre vengono lasciate alla libera applicazione giudiziale — conformemente del resto alla nuova teoria delle fonti fatta propria dall'art. 4 *Code Civil*⁽⁵⁵⁾ —. È chiaro che questo distinguo non

⁽⁵²⁾ I quali erano indirizzati al Presidente, che li rimetteva al Consiglio, secondo l'analoga prassi francese (art. 3 decreto 4 marzo).

⁽⁵³⁾ Tale rimessione è prevista dettagliatamente ed indicata come un vero e proprio obbligo tassativo nell'ipotesi che sia il giudice ordinario a dover risolvere una questione interpretativa sorta su di una norma d'amministrazione, mentre è presentata in termini più sfumati dall'art. 2 del decreto 4 marzo quando tali questioni *in jure* si presentino all'autorità amministrativa in sede di ricorso gerarchico (« i Ministri, ricercati dai Prefetti, o da sé nei casi, coi quali credano di assoggettare le questioni al Consiglio... si dirigono al Presidente, il quale li rimette al Consiglio »).

⁽⁵⁴⁾ Sul fondamento ideologico di questo istituto cfr. per tutti M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 113.

⁽⁵⁵⁾ È sicuro, in particolare, che l'art. 4 Cod. Nap. fu ritenuto, dai suoi artefici, applicabile ad ogni tipo di leggi (e non solo quindi a quelle civili contenute nel *Code*), con l'unica eccezione delle leggi penali, per le

si può assolutamente spiegare nell'ottica del costituente rivoluzionario, al quale preme di tutelare la legge in quanto tale, per il valore formale, cioè, che essa possiede sempre, indipendentemente dalla varietà dei suoi possibili contenuti.

La verità è che il legislatore italiano del 1803 non si trova condizionato tanto dal *référé* quanto dal sistema delle fonti dell'antico regime, col suo marcato dualismo tra diritto 'pubblico' prodotto dal principe e diritto oggettivo 'esterno' rispetto allo Stato⁽⁵⁶⁾. La nuova consapevolezza che anche il diritto pubblico può attribuire diritti soggettivi non produce come sua conseguenza logica immediata l'emersione di un giudice per garantirli, proprio perché esso resta ancora lo « *ius positivum* » creato dal monarca di moto proprio, per conseguire i propri scopi, e destinato a non confondersi mai col diritto obbiettivo logicamente precedente allo Stato, di cui conosce tradizionalmente l'autorità giudiziaria. Il processo di avvicinamento della normazione di attività ad una normazione di pretese è forse stato avviato, ma resta ancora un lungo cammino da compiere: l'unica forma di tutela contro l'Amministrazione aperta al privato è un ricorso al sovrano-legislatore affinché chiarisca personalmente il vero significato delle prescrizioni da lui impartite ai suoi subalterni o ai cittadini stessi.

Da questo punto di vista, la continuità tra i decreti del 1803 e la normativa della vecchia monarchia settecentesca è abbastanza evidente. L'espressione stessa « *intelligenza ed applicabilità* », utilizzata per indicare i limiti della funzione 'esegetica' del Consiglio,

quali si riconobbe il divieto dell'eterointegrazione e dell'interpretazione analogica (PORTALIS, *Discours relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général*, in ID., *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, cit., p. 135 ss.).

⁽⁵⁶⁾ In questa prospettiva diventa allora più convincente il parallelo con l'istituto del *référé*; un *référé* che non è tanto, però quello dei costituenti rivoluzionari, quanto l'altro, già ben noto sotto l'antico regime grazie ad alcune celebri consolidazioni di diritto 'pubblico' — si pensi ad es. all'*Ordonnance civile pour la réformation de la justice* di Luigi XIV, tit. I, art. 3, o alle *Costituzioni piemontesi* nella loro nuova redazione del 1770 —; le quali, mentre lasciavano alla libera applicazione del giudice tutto il diritto non compreso nella redazione, gli imponevano di rivolgersi al sovrano in presenza di dubbi aventi ad oggetto le leggi del principe comprese nel testo codificato.

corrisponde letteralmente a quella « interpretazione ed applicazione » che compare nel già citato art. 18 del dispaccio 11 febbraio 1786. L'una e l'altra si riferiscono al medesimo oggetto, cioè alla normativa 'regolamentare' con cui il sovrano disciplina lo spazio sociale affidatogli in cura, e che gli organi amministrativi hanno il compito esclusivo di far osservare. L'unica differenza è costituita, ora, dalla predisposizione di un organo tecnico, particolarmente qualificato per operare quella 'rilettura' della norma regolamentare sollecitata dal ricorso del cittadino, che invece nel modello previgente restava affidata esclusivamente alle istanze amministrative di grado superiore. Ma sia qui che là non esiste un vero contenzioso: nell'ambito dell'ordinamento continua ad esservi, in effetti, un solo giudice, ed il Consiglio, chiamato a decidere la « sola questione ... sulla intelligenza ed applicabilità » delle norme amministrative, ed obbligato a rimettere « nel resto le parti al Potere Esecutivo — in sede di ricorso gerarchico — o ai tribunali ordinari » — in sede di procedimento giurisdizionale —, vede limitato il suo intervento ad una semplice dichiarazione del significato della norma amministrativa, o tutt'al più della sua congruenza rispetto alla fattispecie a cui l'Amministrazione ha voluto applicarla⁽⁵⁷⁾.

Dietro a tutto questo traspare dunque ancora l'antico dualismo tra fisco e Stato. Giustiziabile dal giudice ordinario, e secondo il diritto comune, finché agisce nell'ambito della sua amministrazione privata, la persona pubblica non risulta assoggettabile ad alcun sindacato di tipo giurisdizionale quando sia colta nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali di regolamentazione dell'attività dei sudditi e di garante dell'ordine. Assumendo qui una posizione di tipo straordinamentale, essa può tutt'al più concedere al cittadino

(57) Il testo di fine Settecento che rimarca meglio questa differenza tra leggi di diritto privato e norme di polizia è forse l'*Allgemeines Landrecht* (cfr. soprattutto *Einleitung*, § 7): mentre il sovrano si ritiene vincolato a tutti gli effetti dalla norma civilistica, che è fonte di diritto obbiettivo e dunque applicabile da parte dei tribunali, la norma regolamentare ha una vincolanza puramente interna per la struttura amministrativa; come tale essa può essere sempre sospesa da parte del Principe, il quale non si sente impegnato alla sua scrupolosa osservanza. A maggior ragione, dunque, sembra naturale che la sua applicazione in sede contenziosa sia rimessa a lui stesso o ad autorità di sua particolare fiducia.

variamente danneggiato dalla sua attività un ricorso di tipo obiettivo, atto a verificare che l'interpretazione della regola pubblicistica offerta dall'Amministrazione sia proprio conforme alla mente del legislatore, ma niente di più.

La ricostruzione qui abbozzata, beninteso, ha natura puramente ipotetica. Dell'atteggiarsi effettivo della giurisprudenza del Consiglio prima del 1805, in realtà, non si sa assolutamente nulla; certo è, però, che il profilo tracciato nelle pagine precedenti sulla base dei pochi dati legislativi disponibili e delle scarse testimonianze citate sembra collimare abbastanza bene con gli svolgimenti successivi del sistema, su cui si sofferma appunto la riflessione romagnosiana, e per il quale disponiamo di qualche elemento conosciuto in più.

3. La trasformazione della Repubblica in Regno d'Italia comportò una serie di importanti innovazioni anche nell'ambito del contenzioso.

In primo luogo, il Terzo Statuto costituzionale emanato nel marzo del 1805 specializzò ed ampliò le funzioni del Consiglio (ora non più « legislativo », ma « di Stato », come in Francia), creando accanto alla vecchia sezione legislativa⁽⁵⁸⁾, un Consiglio dei Consultori⁽⁵⁹⁾ ed un Consiglio degli Uditori⁽⁶⁰⁾ — quest'ul-

(58) Competente in ordine alla preparazione dei progetti di legge, ed alla interpretazione e « sviluppo » delle norme legali vigenti (art. 25 III Statuto: quest'ultima attribuzione è esemplata su quella esercitata dal Conseil d'Etat d'oltralpe ai sensi dell'art. 11, 1° comma, del regolamento 5 nevoso a. VIII).

(59) Le cui attribuzioni consistevano soprattutto nell'esprimere pareri obbligatori in ordine alla stipulazione di trattati internazionali, all'interpretazione di norme costituzionali o alla loro modifica.

(60) I cui membri erano 15. Oltre alle loro competenze di natura contenziosa ed alla risoluzione dei conflitti d'attribuzione, gli Uditori dovevano essere consultati dal Governo in occasione di determinati atti di amministrazione attiva (domande di concessioni di miniere e opifici su corsi d'acqua navigabili; autorizzazioni a Comuni e ad enti di beneficenza per acquistare, alienare e stare in giudizio; autorizzazioni per tradurre in giudizio gli « agenti immediati dell'amministrazione pubblica »; conferimento di pensioni a pubblici dipendenti civili e militari); competenze dotate di un loro preciso *pendant* nell'ambito dell'esperienza francese.

timo segnatamente incaricato di predisporre progetti di decisione su tutti gli affari contenziosi e sui conflitti di attribuzione tra autorità giudiziaria ed amministrativa; progetti che, dopo essere stati sottoposti al *plenum* del Consiglio di Stato, venivano fatti propri dal monarca con un apposito decreto, secondo le forme della giustizia ritenuta praticate nel contenzioso amministrativo francese ⁽⁶¹⁾.

Una volta così sganciata dalla funzione legislativa attraverso questa ripartizione interna delle competenze, l'attività contenziosa del Consiglio si avvia a ricevere una collocazione abbastanza affine a quella già assunta nell'ambito delle attribuzioni del Conseil d'Etat d'oltralpe. Da un lato, infatti, il Consiglio si presenta ora come giudice amministrativo in secondo grado rispetto ai nuovi Consigli di Prefettura istituiti col decreto 8 giugno 1805 seguendo finalmente il modello già in vigore oltralpe a partire dall'anno VIII, e risulta dunque titolare di una competenza d'attribuzione nelle stesse materie enumerate su cui questi ultimi esercitano in prima istanza la loro giurisdizione (art. 29 n. 4 del Terzo Statuto) ⁽⁶²⁾; d'altra parte, con una clausola di carattere generale, lo Statuto dichiarava competente la camera degli Uditori a conoscere di *tutto* il contenzioso amministrativo — anche di quella parte, quindi, esulante dall'attribuzione espressa a favore dei nuovi tribunali amministra-

⁽⁶¹⁾ Tale procedura è fissata dall'art. 34 del III Statuto. Ulteriori norme per l'istruzione degli affari furono dettate dal regolamento 20 ottobre 1805.

⁽⁶²⁾ Le materie di spettanza ai nuovi Consigli di Prefettura erano elencate dall'art. 9 del decreto 8 giugno, sulla falsariga della legge 28 piovoso: « il consiglio di prefettura pronuncia sopra le difficoltà, che nascono tra i contribuenti per l'esecuzione de' Regolamenti censuarj: sulle difficoltà che insorgessero fra l'amministrazione e gli appaltatori delle pubbliche opere in fatto d'esecuzione de' loro contratti: sui ricorsi dei particolari, che reclamassero contro i danni, che loro venissero dagli appaltatori: sulle dimande, e controversie concernenti l'indennità dovuta ai particolari a motivo dei fondi occupati, o scavati per la costruzione delle strade, canali ed altre pubbliche opere: sulle dimande che saranno presentate dai Comuni, e dagli Stabilimenti di pubblica beneficenza, ed istruzione per essere autorizzati a comparire in giudizio ». Tali competenze rimasero ai Consigli di Prefettura durante tutta la vita del Regno, salvo quella relativa alle controversie sulla misura dell'indennità d'esproprio, che il decreto 11 luglio 1813 — esemplato sulla legge francese 8 marzo 1810 — attribuirà ai tribunali ordinari.

tivi locali: art. 29 n. 1 —; in terzo luogo, infine, il Consiglio veniva eretto a giudice supremo dei conflitti d'attribuzione tra autorità giudiziarie ed amministrative — competenza, questa, che né l'art. 100 della Costituzione di Lione né i due decreti del 1803 avevano distinto in modo formalmente preciso dalle sue attribuzioni di giudice del contenzioso: art. 29 n. 2⁽⁶³⁾.

Le due norme-chiave per definire la posizione e la natura funzionale del Consiglio, su cui del resto ruoterà il dibattito nel corso degli anni successivi, sono rappresentate appunto da questi numeri 1 e 2 dell'art. 29:

« Il Consiglio degli Uditori conosce:

- 1) di tutti gli affari contenziosi;
- 2) di tutte le collisioni di giurisdizione per causa di rivendicazione d'affari che, inerendo agli interessi immediati del demanio e alle questioni di pubblica amministrazione, non sono della competenza dei tribunali ordinarij ».

Il rapporto tra queste due norme non è dei più limpidi. La regola unitaria da cui, nella legislazione repubblicana, si ricavano contestualmente i limiti delle tre aree fondamentali della competenza dell'Amministrazione, del Consiglio legislativo, e del giudice ordinario (cioè l'art. 4 del decreto 4 marzo 1803), si è per così dire 'sdoppiata'. Ora esistono infatti *due* clausole generali, una ad indicare il confine tra attribuzioni amministrative e giudiziarie, l'altra a fissare l'area di competenza del Consiglio in sede contenziosa: e tra queste, la prima sembra senz'altro più ampia della seconda. Pur ammesso, infatti, che gli « affari contenziosi » del n. 1 equivalgano perfettamente alle « questioni di pubblica amministrazione » del n. 2 (secondo quello che era stato il significato del vecchio art. 100 della Costituzione di Lione), consentendo così un 'travaso' diretto di competenza dal giudice ordinario al Consiglio di Stato; restano pur sempre fuori dalla sfera di competenza di

(63) Anche qui è evidente la mimesi rispetto al sistema francese, dove il regolamento 5 nevoso anno VIII aveva espressamente attribuito questa competenza al Consiglio (salvo sempre, come in Italia, l'approvazione del Capo dello Stato): per l'avanti, ai sensi della legge 21 fruttidoro anno III, erano stati i singoli Ministri ad esercitarla.

quest'ultimo, evidentemente, gli « affari » inerenti agli « interessi del demanio ». Con questa espressione estremamente generica, il legislatore pare riferirsi ad un'area di controversie materiali tra lo Stato ed i privati esulante sia dalla competenza del giudice ordinario come da quella del Consiglio di Stato, quest'ultimo dovendosi limitare a sottrarre la conoscenza degli affari correlativi ai tribunali, ma a beneficio dell'Amministrazione attiva e non di se stesso.

Come nel sistema d'oltralpe, dunque, il meccanismo dei conflitti pare destinato a funzionare soprattutto a beneficio diretto dell'Amministrazione, ben più che a favore di un giudice amministrativo il cui stesso profilo istituzionale è ancora estremamente nebuloso⁽⁶⁴⁾. Tuttavia, nell'esperienza francese è proprio la sistematica avocazione a favore dell'autorità amministrativa di una vasta area di controversie materiali tra Stato e cittadini, attraverso l'istituto dei conflitti, ad ingenerare *di riflesso* l'esigenza di istituire appositi organi per far fronte ad una domanda di giustizia rapidamente montante⁽⁶⁵⁾. Sul lungo periodo, quindi, « etant donné, dans une société bien organisée, le déni de justice etant inadmissible, que tout procès doit trouver un juge, le domaine devolu aux juridictions administratives consiste nécessairement ... en celui qui est interdit aux tribunaux judiciaires »⁽⁶⁶⁾.

Il cardine di tutto il sistema, allora, da cui dipende la configurazione di un giudice amministrativo dotato di un suo non fortuito *domaine de compétence*, nonché la pensabilità stessa di un diritto amministrativo del tutto autonomo dallo statuto dei rapporti privatistici, è costituito della clausola generale di riparto tra le attribuzioni giudiziarie ed amministrative. Ecco perché, molto

(64) L'art. 11 del citato regolamento 5 nevoso a. VIII attribuiva infatti al Consiglio il potere di statuire sui conflitti « qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux »; e conformemente a tale disposizione l'*arrêté* 13 brumaio a. X — il testo regolamentare, cioè, della procedura dei conflitti che resterà in vigore fino al 1828 — attribuiva il potere esclusivo di elevazione al Prefetto, organo esponenziale degli interessi dell'Amministrazione attiva. Solo indirettamente, quindi, di questa avocazione veniva a beneficiare il giudice amministrativo (WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 147).

(65) Cfr. SANDEVOIR, *Études*, cit., pp. 149-151 e 223-226.

(66) WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 37.

probabilmente, il Romagnosi del *Giornale* decide di concentrare tutta quanta la sua attenzione sul n. 2 dell'art. 29, accantonando per ora l'esame della giurisprudenza contenziosa del Consiglio a favore di una approfondita analisi del criterio di riparto adottato in sede di giudizio sui conflitti di attribuzione.

Il nostro autore si rende conto benissimo che la responsabilità di costruire e far funzionare la clausola generale d'attribuzione ricade interamente sulla giurisprudenza. Le formule dell'art. 29, nella loro vuota genericità, non sono in grado di suggerire o tantomeno d'imporre alcun criterio preciso; meno che mai il problema può essere risolto dalle sporadiche clausole d'attribuzione speciale — le quali, tra l'altro, presentano nel Regno lacune e contraddizioni assai più rilevanti che in Francia⁽⁶⁷⁾. — In tutte le materie, dunque, esulanti da un'attribuzione espressa ad una qualunque autorità amministrativa, è logico che il privato che si sente leso in un proprio diritto finisca per portare la sua domanda di fronte all'autorità tradizionalmente competente per risolvere i litigi — ovvero davanti al giudice ordinario —; su reclamo dell'Amministrazione, che rivendica a sé la conoscenza della causa, l'autorità incaricata di dirimere i conflitti si troverà evidentemente a dover decidere senza potersi fondare su di un espresso testo di legge⁽⁶⁸⁾.

(67) La più clamorosa è probabilmente costituita dalla mancata assegnazione ai Consigli di Prefettura delle controversie sui beni nazionali, non attribuite alla loro cognizione da alcun testo di legge.

(68) Questo, beninteso, secondo un profilo stilizzato della vicenda, giacché era allora (come del resto tutt'oggi) molto raro che il giudice dei conflitti si richiamasse esclusivamente al criterio di riparto a carattere generale: nella stragrande maggioranza dei casi esso basava invece le sue motivazioni su testi di legge speciali, i quali però, per le loro ambiguità ed insufficienze, risultavano incapaci di definire esattamente la competenza, e dovevano quindi essere interpretati alla luce di un principio direttivo di maggior latitudine.

Si noti — ad integrazione del discorso svolto nel testo — che comunque una eventuale incompetenza assoluta del giudice ordinario poteva evidentemente essere fatta valere sia direttamente dalle parti attraverso i normali rimedi giurisdizionali, nonché dal Pubblico Ministero attraverso i ricorsi in Cassazione nell'interesse della legge. Una ricostruzione completa della giurisprudenza sul riparto dovrebbe quindi tener conto anche delle pronunce in materia da parte della Corte Suprema — pronunce che infatti hanno avuto oltralpe un'importanza quasi pari a quelle del Consiglio di

Ora, il dato da sottolineare, ai fini dello sviluppo del nostro discorso, è che anche dopo l'emanazione del Terzo Statuto, secondo ciò che si cercherà di dimostrare a partire dal prossimo paragrafo, si continuò a fondare largamente il criterio generale di riparto sulle vecchie formule del 1803; le quali, se per un verso costituirono un robusto argine contro i tentativi di strumentalizzazione autoritaria portati avanti più o meno consapevolmente dal potere politico, implicarono però il mantenimento di una concettualità amministrativa profondamente ripugnante rispetto a quella accolta da Romagnosi, che appunto contro di essa prende le armi nel suo *Giornale*.

4. La prima, evidente prova che il criterio ispiratore del riparto continuasse ad essere il medesimo praticato per l'avanti dal Consiglio legislativo ci è offerta da certe rivelatrici continuità a livello procedurale.

Sia prima che dopo il 1805, infatti, il Regno d'Italia non conobbe mai una disciplina dei conflitti d'attribuzione analoga a quella fissata per l'ordinamento d'oltralpe dall'*arrêté* 13 brumaio anno X, e riprodotta in forme analoghe anche in altri Stati vassalli (si pensi alla legge 16 settembre 1810 del Reame di Napoli)⁽⁶⁹⁾. Anzi, per meglio dire, non esistette mai neppure il concetto di un vero conflitto d'attribuzioni. Come nota esattamente

Stato nel definire i confini tra le due autorità. Detto questo, però, bisogna aggiungere che il meccanismo di riparto in vigore nel Regno Italico presentava rispetto a quello francese alcune peculiarità che forse favorivano una atrofizzazione del sindacato giudiziario sulla competenza d'attribuzione, come subito di seguito si spiega nel testo.

(69) Cfr. G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie (1815-1861)*, Milano, 1977, t. II, p. 1107 ss.; FEOLA, *La Monarchia amministrativa*, cit., p. 255 ss. Nel vicino Piemonte, annesso alla Francia durante tutto il periodo napoleonico, questo sistema di elevazione dei conflitti tramite decreto motivato dal Prefetto si radicò tanto profondamente da essere poi reintrodotta durante la Restaurazione (C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, pp. 1117-1118). Esso è stato confermato dopo l'unificazione, e conservato pure nel diritto italiano vigente dagli artt. 41 e 368 del Codice di procedura civile del 1940.

Romagnosi, perché esista un conflitto positivo occorre: « 1) La pendenza di un affare avanti una delle autorità giudiziaria, od amministrativa. 2) La contestazione nata e sostenuta fra di esse a quale delle due appartenga di diritto la cognizione, o la disposizione » (70). Se non vi è una qualche rivendicazione bilaterale della competenza sull'affare non può esservi conflitto, evidentemente; ed è per questo che l'*arrêté* 13 brumaio prevedeva che ad integrare la fattispecie concorressero pariteticamente una sentenza della magistratura ordinaria con cui si respingesse l'eccezione d'incompetenza sollevata dal pubblico ministero, ed un successivo decreto del Prefetto che, asserendo la natura amministrativa dell'affare, ricorresse al Consiglio di Stato per la decisione (decreto che aveva l'effetto di sospendere automaticamente ogni ulteriore procedura davanti al tribunale fino alla definizione della competenza da parte del Consiglio) (71). È vero che la giurisprudenza del riparto in pratica ammise spesso il conflitto anche quando non era ancora intervenuta una sentenza del giudice ad affermare la propria competenza (72):

(70) GGU, t. I, p. 26. Così pure la dottrina francese coeva a cui Romagnosi si richiama: FLEURIGEON, *Code administratif*, Paris, 1810, t. I, p. 261; Y. C. JOURDAIN, *Code de compétence*, Paris, 1811, t. I, p. 219 (si tratta di due compilazioni ad uso dei pratici tipiche di questo periodo, redatte rispettivamente da un capo divisione del Ministero degli Interni e da un giudice di Corte d'appello ordinando dati normativi e giurisprudenziali secondo un criterio alfabetico. Il testo di Jourdain, tuttavia, interamente dedicato, con i suoi due volumi, al problema dei rapporti tra autorità giudiziaria ed amministrativa, si segnala per certe doti di chiarezza che lo rendono particolarmente apprezzabile a Romagnosi, e da lui frequentemente utilizzato).

(71) *Arrêté* 13 brumaio, artt. 3 e 4.

(72) L'art. 4, infatti, pur avendo previsto come ipotesi 'normale' di sollevazione del conflitto che il Prefetto si attivasse su « denonciation » del Pubblico Ministero, dopo che quest'ultimo si fosse vista respingere dal giudice, con sentenza, la declinatoria di foro per incompetenza *ratione materiae*, ammetteva anche che il Prefetto potesse emanare il decreto di rivendicazione sulla semplice notizia, avuta in qualsiasi altro modo, che un magistrato ordinario avesse avviato un procedimento su di un affare « qui, par sa nature, est de compétence de l'administration ». In tale ipotesi, quindi, sembrava che la legge ammettesse il decreto di rivendicazione indipendentemente da una precedente sentenza confermativa della competenza giudiziaria sulla causa: in questo senso, in effetti, la più autorevole dottrina (L. M. DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Bruxelles, 1834³, pp. 101-102:

ma rimase almeno sempre ben ferma la necessità della rivendicazione formale da parte del Prefetto a nome dell'autorità amministrativa, senza la quale il giudizio civile non poteva venir interrotto, né il Consiglio di Stato legittimato a pronunciarsi sulla competenza.

Niente di tutto ciò nel nostro sistema repubblicano; la cui normativa, molto più semplicemente, vieta al giudice ordinario di conoscere della propria competenza non appena in corso di causa si profili un dubbio interpretativo circa il senso di una legge di diritto pubblico, o vi sia soltanto incertezza sulla sua applicabilità alla fattispecie dedotta in giudizio. In questo caso, previsto appunto dall'art. 1 del regolamento 17 marzo 1803, il giudice deve immediatamente rimettere gli atti al Consiglio legislativo, senza che sia contemplata la necessità di alcuna rivendicazione formale della competenza da parte dell'Amministrazione⁽⁷³⁾.

Paradossalmente, così, il sistema presenta due difetti di segno opposto: da una parte perpetra una grave dimidiazione del sindacato giudiziario ordinario, vietando al giudice senza apparente motivo di applicare una determinata categoria di leggi, come se anch'esse non fossero diritto da far osservare; ma dall'altra non fornisce all'Amministrazione alcuna garanzia, alcun strumento giuridico per bloccare una eventuale invasione della sua zona riservata da parte dell'autorità giudiziaria: la sanzione di un'eventuale inosservanza del divieto di interpretazione di norme di diritto pubblico è costituita solo dal sistema dei ricorsi giurisdizionali ordinari in appello e in Cassazione, finendo per indicare nella Corte Suprema il vero e solo giudice in ultima istanza del riparto⁽⁷⁴⁾.

l'opera in questione, firmata da uno dei più autorevoli consiglieri di Stato della prima metà del secolo, poi passato all'insegnamento, pubblicata per la prima volta nel 1822 e riproposta poi più volte al pubblico con opportuni aggiornamenti, costituisce, assieme agli *Eléments di Macarel*, un primo tentativo di studio scientifico della giurisprudenza amministrativa).

⁽⁷³⁾ Regola, questa, che risultava in palese contrasto con gli artt. 169 e ss. del Codice di procedura civile del Regno, in cui si prevedeva che il giudice dovesse sempre pronunciarsi d'ufficio sulla sua incompetenza *ratione materiae*, e che, nel caso che tale incompetenza fosse eccettata dal convenuto, egli dovesse parimenti pronunciarsi con sentenza immediata.

⁽⁷⁴⁾ Mancando in pieno, così, l'obbiettivo che il legislatore rivoluzionario si era prefisso di conseguire attraverso l'istituto dei conflitti, cioè

Ora, a quanto pare, anche dopo che l'istituto dei conflitti venne formalmente introdotto nell'ordinamento dal Terzo Statuto si continuò ad usare regolarmente la procedura fissata nel 1803, senza che fosse mai emanato un regolamento attuativo dell'art. 29 n. 2. Naturalmente, per accertare con sicurezza l'atteggiamento della giurisprudenza in questa materia, occorrerebbe un accurato studio sulle relative decisioni del Consiglio di Stato, ancora sepolte nei registri conservati presso l'Archivio di Stato di Milano⁽⁷⁵⁾. Sembra tuttavia che un'indicazione abbastanza precisa si possa ricavare già dal campione di decisioni pubblicato da Romagnosi nel suo *Giornale*: dei 103 decreti *ex art. 29 n. 2* ivi contenuti, relativi al periodo 1805-1813, non ce n'è neppure uno che riveli l'esistenza di un 'conflitto' nel senso tecnico dell'espressione. È sempre il giudice che rimette gli atti di moto proprio al Consiglio di Stato, con una ordinanza in cui espone i termini della questione ed indica il « dubbio » interpretativo o applicativo da sciogliere. Che poi questo « dubbio » sia sorto autonomamente nella coscienza del magistrato o sia stato provocato da un'eccezione dell'Amministrazione costituita in giudizio, del regio procuratore o della parte privata⁽⁷⁶⁾, ciò non vale a cambiare la sostanza del procedimento: in cui

quello di rompere la perfetta e completa autonomia dell'ordinamento giudiziario, garantita dall'intangibilità del giudicato (cfr. esemplarmente le motivazioni del celebre decreto 2 nevoso a. VI, in *Bulletin des lois*, 2^{ème} série, n° 170, p. 4 ss.).

(75) Una ricognizione di questo materiale in AIMO, *Alle origini del contenzioso*, cit., p. 123.

(76) Non sempre si riesce ad evincere chiaramente dal riassunto del fatto che Romagnosi antepone alle decisioni del Consiglio in che modo il dubbio della competenza si sia presentato concretamente. Dalla lettura diretta, comunque, di un verbale del Consiglio relativo ad una decisione particolarmente importante anche sotto i profili procedurali, di cui si dirà in seguito, si apprende come, in forza di una non scritta ma consolidatissima prassi, gli operatori ritenessero che « quando una qualche autorità o agenzia pubblica solleva il dubbio, debbesi sospendere ogni ulteriore atto dei tribunali », ed inoltrare subito la pratica al Consiglio (ASMi, *Consiglio legislativo-Consiglio di Stato*, reg. n. 634, p. 545: la puntualizzazione è del consigliere Valdrighi, un personaggio che incontreremo ancora più qua); in questo modo, lo stesso effetto che nel sistema francese veniva prodotto soltanto dalla rivendicazione formale del Prefetto, si manifesta qui a seguito di una semplice eccezione di parte, senza che di fatto sia riconosciuto al giudice

il giudice è obbligato a rimettere ad un'altra autorità la decisione stessa della sua competenza.

Questo tipo di sistema mise profonde e salde radici sul terreno di un ceto giudiziario professionale evidentemente piuttosto pavido. Mentre l'immagine tradizionale — per la dottrina francese — dell'istituto dei conflitti è quella di uno strumento autoritario volto a far violenza alla naturale autonomia del giudice, strapandogli a viva forza certe zone di competenza da consegnare spesso all'arbitrio amministrativo ⁽⁷⁷⁾, nel Regno pare che accada quasi il contrario. Nella metà circa dei casi riferiti da Romagnosi il Consiglio di Stato riconosce l'infondatezza del dubbio sollevato dal giudice e ne conferma la competenza: ed in buona parte di essi, anzi, tale dubbio è palesemente specioso, o continua ad essere riproposto anche quando la giurisprudenza della suprema magistratura amministrativa si è già consolidata a favore dell'autorità giudiziaria ⁽⁷⁸⁾.

Pare che questa deresponsabilizzazione della magistratura ordinaria fosse rilevata anche dalle stesse autorità governative ⁽⁷⁹⁾;

alcun potere di rigettarla. Ciò fa supporre che, come più sopra si accennava, una vera giurisprudenza giudiziaria in materia di riparto non abbia neppure potuto consolidarsi nel Regno, a differenza che nell'esperienza francese.

⁽⁷⁷⁾ Si pensi alle rievocazioni dai toni foschi di molti legisti liberali dell'età della Restaurazione (tra cui spiccano SIREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., p. 145 ss., e DE CORMENIN, *Rapport 2 février 1828*, in TAILLANDIER, *Commentaire sur l'ordonnance des conflits*, cit., p. 7 ss.).

⁽⁷⁸⁾ Così per esempio per il contenzioso dei beni nazionali, del quale il Consiglio lascerà una parte notevole al magistrato ordinario, mentre quest'ultimo continuerà regolarmente a rinviare al Consiglio stesso come questioni di pubblica amministrazione una nutrita serie di fattispecie risolvibili applicando il solo diritto privato.

⁽⁷⁹⁾ Soprattutto in concomitanza con l'annessione dei territori ex Veneti, il Consiglio si trovò sommerso da una quantità di rinvii palesemente ingiustificati: tanto da spingerlo a ribadire in maniera solenne e formale che in tutte le ipotesi in cui non fosse richiesta « l'interpretazione di Leggi o Regolamenti di pubblica amministrazione » la competenza giudiziaria dovesse rimanere inalterata (*Progetto di dichiarazione* approvato dal Consiglio in data 2 aprile 1807). Mentre negli anni seguenti, a più riprese il Ministro della Giustizia intervenne con circolari interne a manifestare la sua preoccupazione per la leggerezza con cui i giudici si spogliavano spesso della loro competenza (BUSSI, *Per la storia*, cit., p. 236 e p. 251); una copia manoscritta della prima di queste circolari, quella in data 4 giugno 1808, si trova

ed ancor oggi, scorrendo il *Giornale* di Romagnosi, l'impressione è che abbastanza spesso i giudici sfruttassero la valvola di sicurezza del ricorso in Consiglio di Stato per lavarsi le mani da scelte delicate, condannando così l'amministrazione della giustizia ad una marcata incertezza sui suoi stessi limiti⁽⁸⁰⁾.

Si aggiunga a tutto ciò che il Consiglio di Stato, attenendosi rigorosamente al suo ruolo di interprete qualificato di norme, si limitava a dichiarare lapidariamente, nei suoi dispositivi, che la certa causa era o non era « di pubblica amministrazione », senza riconoscersi l'autorità di annullare espressamente gli atti amministrativi o giudiziari resi in difetto di attribuzioni⁽⁸¹⁾, e senza motivare adeguatamente la decisione⁽⁸²⁾, né specificare, nei casi in cui ve-

tra le carte personali di Romagnosi, a testimonianza di come il nostro autore dovesse essere perfettamente consapevole delle difficoltà di funzionamento pratico del sistema (ASPa, *Carte Cattaneo*, busta 51, fasc. 140, sottofasc. XXVI).

(80) Tale atteggiamento può forse in parte essere spiegato se si considera che l'ordinamento del Regno, con la consueta mimesi, aveva importato dalla Francia tutto l'armamentario di sanzioni penali a carico del giudice che, « immischiandosi nelle materie attribuite all'autorità amministrativa », si fosse reso colpevole di *forfaiture* (il Codice penale del Regno, infatti, pubblicato nel novembre 1810, non fu che la traduzione letterale di quello francese, di cui ricalca fedelmente gli artt. 127-131 relativi alle usurpazioni di potere tra autorità giudiziarie ed amministrative). L'art. 128, in particolare, faceva esplicito riferimento alla procedura francese di elevazione del conflitto vietando al giudice di procedere ad atti ulteriori « dopo la rivendicazione formalmente fatta » e « prima della decisione dell'autorità superiore ». Può darsi così che, in mancanza di quel referente preciso per queste espressioni che in Francia era costituito dall'arrêté 10 brumaio a. X, la magistratura tendesse a considerare prudenzialmente una « rivendicazione formalmente fatta » la semplice eccezione sollevata dall'Amministrazione costituita in giudizio o dal pubblico ministero, mettendo per tempo le mani avanti.

(81) Un vizio che è Romagnosi stesso a denunciare nel suo *Giornale* (in nota a C.d.S. — = Consiglio di Stato —, 12 dicembre 1811, *Gianni v. Ferretti e consorti*, in GGU, t. VI, pp. 129-137): « col modo di pronunciare in forma di tesi, come si fa in Italia, piuttosto che in forma di sentenza ... non si annullano in via dispositiva le decisioni incompetenti inferiori, ma solamente in una maniera implicita e indiretta », che in realtà lasciava però dubbi non indifferenti in tutti coloro che erano variamente interessati alla sorte susseguente della causa.

(82) Se ne lamenta il Ministro della Giustizia nella sua circolare del

niva dichiarata la competenza amministrativa, quale organo dovesse poi trattare l'affare ⁽⁸³⁾, ingenerando così assai spesso perplessità ed incertezze negli operatori e nelle parti.

Si capisce quindi che il sistema scricchiolasse, come ci attestano le preoccupate e ripetute dichiarazioni del Ministro della Giustizia di cui è rimasta traccia negli archivi. Ciò che occorre per risolvere tutti questi problemi di funzionalità era in realtà la rimozione integrale della strana figura del giudice-legislatore, per sostituirvi quella già collaudata in Francia del *juge-administrateur*; ed è appunto questo l'obbiettivo principale che Romagnosi si propone a partire dal primo numero del suo *Giornale*. Prima, però, di esaminare la portata del suo intervento conviene completare il nostro quadro istituzionale con un rapido colpo d'occhio ai profili sostanziali della giurisprudenza in tema di conflitti di attribuzione: giacché il motivo essenziale della critica romagnosiana non risiede tanto nei difetti pratico-procedurali a cui il sistema dà luogo, quanto in una certa filosofia del riparto e della giustizia amministrativa che la vecchia clausola d'attribuzione si porta dietro, e di cui le su riferite incertezze procedurali non sono che un sintomo.

5. Per quanto non priva di oggettivi margini di ambiguità, la formula della « intelligenza ed applicabilità di Leggi e Regolamenti di pubblica amministrazione » utilizzata come criterio di riparto di attribuzioni tra Amministrazione ed autorità giudiziaria, sembra esprimere almeno *una* indicazione assolutamente univoca,

30 novembre, rilevando che assai spesso la decisione del Consiglio è « spogliata d'ogni riflesso », tanto da lasciare talvolta ai Tribunali ordinarii « le loro forse erronee opinioni » (BUSSI, *Per la storia*, cit., p. 251).

⁽⁸³⁾ Problema di un certo rilievo in tutte quelle ipotesi in cui una speciale norma di legge non avesse già specificato a quale ufficio dovesse far capo un certo settore di contenzioso. Si potrebbe pensare che in tali casi questo ufficio sia individuato già implicitamente nel Consiglio stesso, come giudice di « tutti gli affari contenziosi » d'interesse amministrativo ai sensi del III Statuto: tale opinione, come vedremo *infra* (cap. V) è probabilmente semplicistica, e comunque non trova conferma nel comportamento del Consiglio stesso, il quale in nessuno dei casi riferiti da Romagnosi rinvia le parti davanti a se stesso come giudice del contenzioso contestualmente alla declaratoria di competenza amministrativa, come pure lo abilitava a fare l'art. 3 del regolamento 17 marzo 1803.

curiosamente dissonante rispetto all'immagine tradizionalmente autoritaria che la storiografia ha sempre offerto della giustizia amministrativa napoleonica; e cioè che, fin dove « anche la nazione usa del diritto privato » — come già si esprimeva la normativa provvisoria del 1802 — niente potrà mai intaccare la sfera di competenza del giudice ordinario. Qualunque cosa, infatti, si intendesse *positivamente* con l'espressione « Leggi e Regolamenti di pubblica Amministrazione »; e comunque si volesse configurare il concetto ancor più controverso di « intelligenza ed applicabilità », sembra chiaro, però, il significato *negativo* della locuzione. Il reciproco di una norma amministrativa non può che essere una norma di diritto privato comune, la cui applicazione viene quindi riservata all'autorità giudiziaria: la formula sembra fatta apposta per difendere la cittadella del giudice ordinario⁽⁸⁴⁾, riproponendo intatta l'antica figura dello Stato-fisco, persona giuridica di diritto comune.

(84) Ed in effetti il Consiglio la richiama spessissimo in maniera letterale nelle sue motivazioni soprattutto quando riconosce la competenza del giudice ordinario. Cfr. p. es. C.d.S. 21 novembre 1806, *Giusti v. Demanio*, GGU, t. I, pp. 90-94: « per attribuire alla causa caratteri di competenza amministrativa... richiedesi che la cognizione versi sulla intelligenza, ed applicabilità di qualche legge, decreto o regolamento amministrativo »; C.d.S. 1 gennaio 1807, *Bocchina v. Boltstain*, GGU, t. I, pp. 133-136: l'autorità giudiziaria resta competente poiché a risolvere la questione basta « l'esame delle leggi e delle consuetudini relative ai feudi »; C.d.S. 19 febbraio 1807, *Demanio v. Zuccareda*, GGU, t. I, pp. 148-150: la competenza non si sposta quando la causa « non abbia alcuna relazione... colle leggi e coi regolamenti di pubblica amministrazione »; C.d.S. 9 aprile 1807, *Marangoni v. Bonora*, GGU, t. I, pp. 158-162: « la decisione non può essere regolata da leggi o decreti di pubblica amministrazione, nelle cui viste non entrano le private dispute ... di successioni da conferirsi a tenore delle leggi civili generali dello Stato »; C.d.S. 9 maggio 1807, *Demanio v. Bolzani*, GGU, t. I, pp. 260-263: « la decisione dipende dalla intelligenza, ed applicabilità delle leggi civili, e del metodo di procedura »; C.d.S. 28 maggio 1807, *Bottajni v. Capitolo cattedrale di Pisa*, GGU, t. I, pp. 270-273: « la questione insorta ... non è definibile colle leggi amministrative, bensì colla sola ragion comune »; C.d.S. 11 giugno 1807, *Demanio v. Martinengo*, GGU, t. I, pp. 276-284: « la questione è ... regolata da leggi puramente civili »; C.d.S. 8 agosto 1807, *Sponchiado v. Demanio*, GGU, t. II, pp. 8-10: « la controversia non è relativa ad alcun regolamento amministrativo », e come tale « è nella competenza di qualunque giudice ». E così via. (Si tenga presente che le massime citate in questa e nelle successive note sono tratte intera-

Gli uomini che per più di dieci anni applicarono quotidianamente questo criterio di riparto erano consapevoli del suo valore politico e civile, e seppero far quadrato attorno ad esso ogni volta che la nascente giustizia amministrativa sembrò in procinto di venir snaturata dalla grossolanità del potere o dallo stesso arrendevole disimpegno dei pratici. Proprio facendo leva, infatti, su quel criterio tutto giuridico ed intellettualistico fu possibile resistere a chi chiedeva (ed a chi accettava supinamente) di sottrarre al giudice tutte le controversie a cui lo Stato fosse semplicemente interessato come parte in causa o anche solo in maniera indiretta, secondo il vecchio costume delle avocazioni d'antico regime che il Terzo Statuto, col suo generico riferimento all'« interesse demaniale », sembrava voler riportare in auge⁽⁸⁵⁾. La clausola del periodo repub-

mente dal rapporto con cui il Consiglio degli Uditori motivava il progetto di decisione che proponeva al *plenum* del Consiglio di Stato, mentre la data è quella della pubblicazione del decreto reale, successiva di solito di alcuni giorni alla deliberazione del Consiglio).

I casi citati, e molti altri che il Consiglio lascerà alla cognizione del giudice ordinario negli anni seguenti continuando ad applicare lo stesso criterio attengono ad una quantità di materie eterogenee. Tra le più comuni, ed a parte quelle riguardanti i c.d. beni nazionali, di cui si dirà appresso: azioni a difesa della proprietà, in qualunque modo possa esservi interessato lo Stato; acquisti *mortis causa* dello Stato; questioni relative alla utilizzazione di acque private, comunque possa esservi interessato lo Stato; azioni dirette ad ottenere l'accertamento della qualità feudale od allodiale di certi beni; controversie sorte tra appaltatori e subappaltatori di opere pubbliche o di servizi di esattoria, o tra i primi ed i loro subordinati (mentre le controversie tra gli appaltatori e l'amministrazione appartenevano ai Consigli di Prefettura in forza di un'attribuzione espressa del decreto 8 giugno 1805, art. 9, e come tali non dettero mai luogo a dubbi di competenza); infine, azioni dirette ad ottenere l'accertamento di uno stato personale, di famiglia e di cittadinanza. Già dal secondo decennio del secolo, sia in Francia che negli altri sistemi a contenzioso amministrativo più evoluti, la competenza giudiziaria in tutti questi casi sarà una acquisizione assolutamente pacifica e non più contestata: allora, però, evidentemente non lo era ancora, se il giudice ordinario continuava a richiedere l'intervento interpretativo del Consiglio.

⁽⁸⁵⁾ Già nel corso del periodo repubblicano vi era stata la tendenza da parte della magistratura a leggere in questo senso la formula dell'art. 100 della cost. di Lione; tendenza che l'ampia generalità degli enunciati dell'art. 29 del Terzo Statuto aveva rinfocolato a partire dal 1805. Com'è ben noto, però, già a partire dalla prima sua seduta, il Consiglio degli Uditori

blicano, quindi, a cui il nuovo Consiglio di Stato dichiarò fin dalla sua prima seduta di voler rimanere fedele, rappresentò per la cultura giuridica dell'epoca il baluardo di un liberalismo indiscutibilmente autentico.

Si noti, tuttavia, che il criterio di riparto da essa suggerito è spesso di scarso aiuto nella prassi, e finisce, proprio nei casi più delicati, per dover essere sostituito da criteri differenti. Vi sono molte ipotesi di conflitto (che per la loro stessa natura, non dimentichiamolo, sono ipotesi di obbiettiva incertezza circa la connotazione del rapporto) in cui non è affatto chiaro se la « nazione usi del diritto privato » o del diritto ' pubblico ', ed in cui anzi la decisione di quale diritto essa debba usare finisce per ricadere sulle spalle dello stesso giudice dei conflitti. Accade spesso, infatti, che l'Amministrazione rivendichi la competenza contenziosa su di una certa area di rapporti fino ad allora non bene giuridicamente definita proprio per potersi riconoscere poteri di disposizione, in ordine agli interessi e ai diritti in gioco, ignoti rispetto al diritto privato. In tutti i casi, dunque, in cui non esiste alcuna « Legge o Regolamento di pubblica amministrazione » a dichiarare la natura pubblicistica di una materia, il Consiglio di Stato stabilisce da solo, e necessariamente sulla base di altri criteri più o meno impliciti, se si versi in campo pubblicistico o privatistico.

Se si comprende facilmente, per esempio, che il Consiglio avochi senz'altro alla competenza amministrativa tutto il contenzioso derivante da rapporti concessori — anche se onerosi per il privato — in materie come le acque, le cave o le miniere⁽⁸⁶⁾ (giacché

condannò recisamente questo tipo di lettura (cfr. ASMi, *Consiglio legislativo-Consiglio di Stato*, reg. n. 607, seduta 6 luglio 1805, pp. 2-11), e si arroccò di nuovo sulle posizioni della clausola del 1803, a dispetto della lettera così ' autoritaria ' della nuova costituzione (BUSSETI, *Per la storia dei conflitti*, cit., p. 235; ROBERTI, *Milano capitale*, cit., vol. III, p. 288). Conformemente a questo indirizzo, non stupisce di trovare continuamente ribadito in giurisprudenza il principio secondo cui « non basta per dichiarare una causa amministrativa il solo motivo d'esservi involto l'interesse del demanio » (qui C.d.S. 13 maggio 1807, *Codignola v. Demanio*, GGU, t. I, pp. 265-267).

(86) Rispettivamente C.d.S. 31 agosto 1810, *Delegazione del fiume Olona v. Diotti*, GGU, t. III, pp. 149-155; C.d.S. 19 agosto 1810, *Zasso v. fratelli Bergamasco*, GGU, t. III, pp. 140-143.

si tratta di un settore già fortemente connotato in senso pubblicistico sotto l'antico regime); merita invece di essere sottolineata la sua scelta di sottrarre *in toto* alla cognizione giudiziaria le controversie sorte da contratti di forniture militari⁽⁸⁷⁾, nonostante che si trattasse di rapporti fondati sull'autonomia privata delle parti e che non vi fosse nel Regno, naturalmente, alcuna clausola legale di attribuzione all'autorità amministrativa — come quella che invece vigeva in Francia⁽⁸⁸⁾ —. Non solo: ma il giudice dei conflitti giunge ad attribuire all'Amministrazione la cognizione esclusiva sui contratti con cui lo Stato appalta la riscossione di pedaggi ed altri diritti fiscali⁽⁸⁹⁾, e perfino quella su certi contratti stipulati tra privati e Comuni, quando essi siano funzionali all'esecuzione di direttive contenute in regolamenti amministrativi statali⁽⁹⁰⁾. In questi casi, anche ove il rapporto sembri governato esclusivamente da norme privatistiche né ricorrano ancora clausole espresse a favore dell'Amministrazione esorbitanti rispetto al diritto comune, il Consiglio sottrae la materia alla cognizione del giudice ordinario fondandosi in genere su argomentazioni profondamente estranee al tenore della clausola di riparto del 1803. Talvolta esso si limita ad asserire sbrigativamente il carattere « amministrativo » di tutta quanta una data materia (è il caso appunto delle forniture militari)⁽⁹¹⁾; talaltra, invece, esso fa ricorso alla regola giurisprudenziale francese della intangibilità di ogni atto soggettivamente am-

(87) C.d.S. 18 marzo 1807, *Valerio v. Deputazione civico-militare di Padova*, GGU, t. I, pp. 143-146; C.d.S. 15 agosto 1807, *Arduini v. Maggi ed altri*, GGU, t. II, pp. 14-17.

(88) Dove appunto gli artt. 21 e 22 del decreto 9 termidoro a. VIII — istitutivo del Direttorio per l'abbigliamento e l'equipaggiamento delle truppe — riservavano espressamente il contenzioso su questa materia alla cognizione dei Consigli di Prefettura.

(89) C.d.S. 11 novembre 1810, *Pierato e Marchetti v. Intendenza di finanza*, GGU, t. III, pp. 268-270.

(90) C.d.S. 11 giugno 1807, *Fornai di Modena v. Municipalità di Modena*, GGU, t. I, pp. 299-303: la decisione merita di essere notata perché in genere il Consiglio tratta i Comuni alla stregua di persone giuridiche di diritto privato, classandone automaticamente tutti i rapporti contenziosi nella sfera di competenza dell'autorità giudiziaria.

(91) C.d.S. 15 agosto 1807, *Arduini v. Maggi*, cit.: « si tratta di materia interamente di pubblica amministrazione ».

ministrativo da parte del giudice⁽⁹²⁾. In ogni caso, è palese l'inversione del criterio logico di riparto: come in Francia, è ora la finalità dell'azione pubblica che diventa decisiva per la scelta del foro.

Al di là di queste ipotesi, del resto, in cui il Consiglio si allontana esplicitamente dalla 'sua' clausola, bisogna osservare che anche quando le rimane fedele esso risolve la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, a cui corrispondono le due aree di attribuzioni amministrativa e giudiziaria, in quella *jus positum-jus inventum* — è diritto 'pubblico' tutto quello che non esisterebbe nell'ordinamento senza uno specifico atto creativo del principe, e non semplicemente recepito dai rapporti immanenti della società civile. — È proprio sforzando questo consunto distinguo ben oltre i suoi significati tradizionali che il Consiglio cerca di ampliare l'area di competenza amministrativa in modo da rispondere alle impellenti esigenze della prassi.

Si consideri per esempio l'importantissimo campo delle controversie relative ai c.d. beni nazionali, riguardanti, cioè, tutte quelle proprietà immobiliari confluite nel patrimonio statale a seguito della soppressione degli enti ecclesiastici, che lo Stato stesso amministrava *pro tempore* in attesa di vendere a privati tramite aste pubbliche. Si tratta di un settore del contenzioso particolarmente importante ed al tempo stesso controverso per quanto riguarda il profilo della competenza: quasi la metà di questi casi poco conflittuali 'conflitti di attribuzione' riguardano infatti le controversie relative alla gestione ed alla disposizione di beni patrimoniali dello Stato. Ciò si spiega ricordando che, per motivi su cui la storiografia non ha fatto ancora luce, l'art. 9 del decreto 8 giugno 1805, pur esemplato sull'art. 4 della legge 28 piovoso, non comprendeva tali controversie nell'enumerazione di quelle riservate ai Consigli di Prefettura, come invece aveva ben specificato il legislatore francese⁽⁹³⁾. È così più che naturale che attorno a questa

(92) A tale espediente il Consiglio di Stato si appiglia tutte le volte che la ragione politica o il semplice senso dell'opportunità lo comandano: così in particolare nelle due sentenze su citate in tema di concessioni.

(93) Il quale, del resto, già a partire dalla legge 1 fruttidoro anno III aveva sottratto questo tipo di controversie all'autorità giudiziaria per attribuirne la conoscenza al Comitato finanze della Convenzione.

delicata materia fosse cresciuta una selva di perplessità circa l'esatto confine tra le competenze delle due autorità, e che il Consiglio di Stato si trovasse quotidianamente impegnato a dissiparle.

È chiaro che, applicando rigorosamente il criterio del 1803, il Consiglio avrebbe dovuto rimettere ogni controversia sorta a proposito di questi beni ai tribunali ordinari giacché per risolverla non occorre affatto applicare un diritto *diverso* dal diritto privato disciplinante il godimento e l'alienazione onerosa di beni posseduti a titolo di proprietà. Vi erano, sì, delle formalità particolari soprattutto per la conclusione dei contratti di vendita⁽⁹⁴⁾, ma ciò non alterava evidentemente la sostanza di un rapporto che era e restava regolato interamente da principi privatistici⁽⁹⁵⁾ (prova ne sia che la stessa giurisprudenza francese, dall'Ottocento maturo fino ai giorni nostri, rinuncerà a fornire motivazioni dogmatiche a sostegno della competenza amministrativa su queste controversie, e parlerà di una eccezione legale alla competenza del giudice ordinario)⁽⁹⁶⁾.

La giurisprudenza del Consiglio si schierò invece esattamente sulle posizioni occupate da quella francese a partire dall'epoca direttoriale⁽⁹⁷⁾. Si lasciarono, cioè, al giudice ordinario tutte le contro-

⁽⁹⁴⁾ Che avvenivano tramite asta pubblica, preceduta da particolari avvisi, in modo da permettere ai terzi eventualmente interessati di far opposizione prima della vendita stessa.

⁽⁹⁵⁾ Com'è evidente, se si pensa che si trattava appunto di beni puramente patrimoniali, non finalizzati ad alcun servizio pubblico, ma semplicemente amministrati e venduti dallo Stato in vista di un proprio vantaggio economico non dissimile da quello che qualunque privato può trarre dalle sue sostanze (lo notava già, tra i primi, DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, cit., p. 190).

⁽⁹⁶⁾ Così, oltre al su citato Cormenin, anche DE GÉRANDO, *Institutes*, cit., vol. II, p. 166 ss. e vol. III, p. 240 ss., e sulla sua scia tutti gli amministrativisti successivi, quantomeno dagli anni '30 in poi, fino ai nostri contemporanei (per tutti G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1973⁵, p. 126). Tutti sono concordi, in particolare, nell'interpretare restrittivamente l'attribuzione legale ai Consigli di Prefettura del contenzioso sui beni nazionali, fino a considerare il *domaine privé* come un « bloc de compétence » a favore del giudice ordinario con un'unica riserva dettata da motivi politici: quella delle controversie sui contratti di vendita (cfr. *infra*, p. 207 ss.).

⁽⁹⁷⁾ Una accurata sintesi di questa giurisprudenza è resa da Cormenin, in TAILLANDIER, *Commentaire sur l'Ordonnance des conflits*, cit., p. 16 ss.

versie sorte durante l'amministrazione dei beni *anteriormente alla vendita* — azioni a difesa della proprietà da parte di terzi⁽⁹⁸⁾, azioni tendenti ad ottenere il riconoscimento di diritti reali sui beni⁽⁹⁹⁾, e, pur se con rilevanti oscillazioni (ben note del resto anche alla giurisprudenza francese), azioni fondate su contratti d'affitto o su contratti costitutivi di servitù prediali stipulati dalla stessa Amministrazione⁽¹⁰⁰⁾ —; mentre il Consiglio fu irremovibile nel considerare di competenza esclusivamente amministrativa tutto il contenzioso derivante dalle vendite⁽¹⁰¹⁾.

La ragione politica di quest'ultima scelta è evidente e notissima: occorre ad ogni costo garantire gli acquirenti dei beni nazionali, cioè coloro che venivano legando le loro fortune private alla sorte dello Stato nuovo, contribuendo al tempo stesso a sostenerne decisamente il bilancio in un momento assai delicato: lasciando ai giudici ordinari la conoscenza di questa materia si sa-

⁽⁹⁸⁾ Tra i molti casi cfr. C.d.S. 11 novembre 1806, *Zorzi Barbaro e eredi Tirinelli v. Demanio*, GGU, t. I, pp. 88-89; C.d.S. 19 febbraio 1807, *Demanio v. Zuccareda*, GGU, t. I, pp. 148-150; C.d.S. 22 aprile 1807, *Sacchi v. Comune di Gordona*, GGU, t. I, pp. 168-171.

⁽⁹⁹⁾ C.d.S. 22 giugno 1808, *Saragosa v. Demanio*, GGU, t. II, pp. 290-296; ma anche azioni sorte da rapporti obbligatori già instaurati in precedenza con le corporazioni religiose soppresse, e di cui si mira ad ottenere il riconoscimento da parte dello Stato subentrato nei diritti di queste ultime: C.d.S. 11 giugno 1807, *Demanio v. Martinengo*, GGU, t. I, pp. 276-284 (in cui si controverte su di una convenzione relativa all'utilizzo di acque private); C.d.S. 8 agosto 1807, *Sponchiado v. Demanio*, GGU, t. II, pp. 8-10 (in cui la lite è tra un conduttore di un bene immobile e lo Stato subentrato nella proprietà dello stesso).

⁽¹⁰⁰⁾ C.d.S. 9 maggio 1807, *Demanio v. Bolzani*, GGU, t. I, pp. 260-263; anche se in senso contrario C.d.S. 30 ottobre 1810, *Bertuzzi v. Demanio*, GGU, t. III, pp. 263-267 e C.d.S. 26 ottobre 1811, *Maffei v. Intendenza di finanza*, GGU, t. V, pp. 3-7 (ma si trattava, in ambedue i casi, di stabilire la prevalenza tra più titoli d'acquisto del diritto: cioè di una questione estremamente delicata, che chiamava in causa la correttezza e l'affidabilità contrattuale della pubblica amministrazione).

⁽¹⁰¹⁾ C.d.S. 21 marzo 1807, *Negrini v. Massari*, GGU, t. I, pp. 151-154; C.d.S. 2 maggio 1807, *Chiappa v. Comune di Porlezza*, GGU, t. I, pp. 185-188; C.d.S. 11 giugno 1807, *Comer v. Vivante*, GGU, t. I, pp. 284-292; C.d.S. 14 novembre 1810, *Capitolo di S. Barbara v. Carpi*, GGU, t. V, pp. 135-137.

rebbe corso il rischio di incrinare, nel pubblico, un affidamento che si voleva invece totale ed incondizionato⁽¹⁰²⁾.

Senonché, per giustificare questa avocazione così contraria agli enunciati del 1803, il Consiglio fu costretto ad arrampicarsi sugli specchi.

Le controversie sulle vendite tendono infatti a presentarsi essenzialmente secondo due tipi di fattispecie fondamentali. Il primo caso è che il litigio sorga tra due o più acquirenti del medesimo bene, e che si tratti dunque di determinare il criterio di priorità nell'acquisto⁽¹⁰³⁾: in questa ipotesi il giudice dei conflitti (oltre a richiamarsi sporadicamente alla regola francese dell'intangibilità dell'atto)⁽¹⁰⁴⁾, esclude la competenza giudiziaria adducendo la natura 'pubblicistica' delle procedure legali richieste per la conclusione del contratto, ed inibendo quindi ai tribunali la cognizione delle controversie correlative sulla base dell'argomento che essi non possono fare « applicazione » di norme amministrative. Nei casi, invece, di controversie tra l'acquirente ed un terzo, che pretenda di agire in rivendica sui beni già venduti facendo valere un titolo anteriore, il Consiglio si appiglia, per affermare la competenza amministrativa sulla causa, a quell'art. 126 della Costituzione di Lione — corrispondente all'art. 94 della Costituzione dell'anno VIII⁽¹⁰⁵⁾, il quale a sua volta codificava un antico privilegio fi-

⁽¹⁰²⁾ Mentre, evidentemente, non vi era alcun motivo politico abbastanza forte da giustificare una deroga al foro ordinario per tutte le controversie indipendenti dalla vendita, che non avevano alcuna influenza sulla fiducia degli acquirenti.

⁽¹⁰³⁾ Strutturalmente identico è il caso del terzo che agisce per farsi riconoscere determinati diritti reali a suo favore sul bene venduto, senza che essi fossero stati dedotti nell'atto d'acquisto (*Negrini v. Massari*, cit.); o quello del creditore ipotecario che conviene l'acquirente del bene, venduto come libero, per escuterlo (C.d.S. 5 agosto 1807, *Barnabiti v. Busseri*, GGU, t. II, pp. 18-20).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. ad es. *Chiappa v. Comune di Porlezza*, cit.: l'autorità giudiziaria « non può prendere cognizione né sugli atti, né sull'autorità e facoltà di chi ... rappresentava il governo ».

⁽¹⁰⁵⁾ « La nation française déclare qu'après une vente légalement consommée de biens nationaux, quelle qu'en soit l'origine, l'acquéreur légitime ne peut en être dépossédé, sauf au tiers réclamans à être, s'il y a lieu, indemnisé par le trésor public » (cfr. conformemente già l'art. 374 Cost. 5 fruttidoro a. III e da noi l'art. 378 Cost. Cisalp. a. VI).

scale⁽¹⁰⁶⁾ — che vietava eccezionalmente l'evizione dell'acquirente di beni nazionali e stabiliva che il terzo proprietario, « dopo una vendita legalmente fatta », avesse soltanto diritto ad una indennità da parte dello Stato, da liquidarsi in via amministrativa. E siccome di sicuro l'art. 126 era una norma di diritto 'pubblico'; quando sorgesse controversia sulla sua « applicabilità » o meno al caso di specie (ovvero, appunto, sulla « legalità » della vendita amministrativa che costituiva il presupposto della sua applicazione), era solo l'autorità amministrativa a potersi pronunciare⁽¹⁰⁷⁾.

Il risultato di tutto questo fu di attrarre entro l'orbita amministrativa un enorme gruppo di controversie tipicamente 'fiscali', che secondo lo spirito della normativa repubblicana avrebbero dovuto evidentemente spettare all'autorità giudiziaria; e tutto ciò attribuendo al diritto privato speciale di cui da sempre si è avvalso lo Stato-fisco la natura nominale di diritto 'pubblico', per il solo fatto, in definitiva, di essere contenuto in una norma di fonte statale⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Quello contenuto nella legge *Bene a Zenone* (C. 7, 37, 3).

⁽¹⁰⁷⁾ L'aspetto più interessante della vicenda è costituito dalla resistenza opposta dal giudice ordinario — che qui sembra eccezionalmente manifestare un certo spirito combattivo — al tentativo di spossessamento condotto dal Consiglio. Sono proprio alcune ordinanze di rimessione (tipicamente quella di *Negrini v. Massari*, cit.) a rivelare in anticipo la debolezza dell'argomentazione del giudice dei conflitti, notando che se davvero la decisione sulla competenza dipende da una diagnosi preventiva sul tipo di diritto applicabile, poiché è chiaro che una vendita non può considerarsi « legalmente fatta » quando il venditore non sia proprietario del bene, l'art. 126, allora, — norma di diritto pubblico — non risulta applicabile, lasciando spazio invece al diritto comune; con la duplice conseguenza di non spostare la competenza e di consentire l'evizione. Il Consiglio di Stato cercherà di tagliare corto, finendo per richiamarsi anche in questi casi al criterio dell'intangibilità dell'atto: cfr. ad es. C.d.S. 18 maggio 1808, *Gabrielli v. S.A.R. l'Arciduchessa M. Beatrice d'Este*, GGU, t. II, pp. 152-160: il giudice ordinario è incompetente semplicemente perché si tratta di conoscere « della originaria validità o invalidità di una vendita fatta dall'amministrazione ad un suddito ».

⁽¹⁰⁸⁾ Per la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato speciale, così come la concepirà la dottrina amministrativistica contemporanea, cfr. per tutti CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 66. Lo Stato agisce ancora in regime di diritto privato, ancorché speciale, quando la

Vi sono infine fondati sospetti (anche se non è possibile trarre conclusioni sicure dal poco materiale pubblicato da Romagnosi) che il Consiglio di Stato si sia sensibilmente discostato dai suoi originari principii ispiratori nell'ambito di un altro settore di importanza fondamentale: quello, cioè, del debito statale.

Su questo punto, la prassi francese, dall'epoca direttoriale fino a tutto quanto l'Ottocento, è estremamente netta: « il est aujourd'hui de principe que les tribunaux ne peuvent connaître des actions qui tendent à faire déclarer l'état débiteur »⁽¹⁰⁹⁾, scriveva nel 1807 Merlin, codificando una regola giurisprudenziale risalente al celebre *arrêté* direttoriale 2 germinale anno V. Diametralmente contraria, com'è ovvio, agli enunciati nostrani del 1803 (quale materia vi è mai più intrinsecamente privatistica di quella relativa alle obbligazioni pecuniarie?), questa clausola speciale finì per esercitare una sua influenza sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato

norma secondaria regolatrice del rapporto concreto tra cittadino ed Amministrazione avrebbe potuto essere prodotta anche per accordo tra le parti, mentre ci troviamo entro un'area effettivamente pubblicistica quando appunto la norma non avrebbe più potuto essere prodotta da quella volontà a causa dell'indisponibilità della situazione regolata.

(109) PH. A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1807, *ad vocem*, t. III, p. 619 (l'opera, com'è noto, non è che la riedizione aggiornata del settecentesco *Répertoire* di Guyot, di cui Merlin aveva acquistato i diritti). I giuristi non sono tutt'oggi del tutto concordi nell'individuare le origini di questo principio dalle enormi conseguenze pratiche, che pure rappresenta uno dei pochi punti fermi della giurisprudenza in materia amministrativa d'inizio Ottocento (cfr. A. MESTRE, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Paris, 1899; R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1957, pp. 52-54; SANDEVOIR, *Études*, cit., p. 145 ss.). L'incertezza si pone soprattutto in ordine all'individuazione dei testi rivoluzionari su cui i giudici del riparto avrebbero poi fondato questa regola. Pare comunque che dall'età direttoriale in poi dottrina e giurisprudenza non avvertano più un gran bisogno di richiamarsi ad esplicite norme legali per giustificare il divieto, e comprendano direttamente l'accertamento del debito statale nell'ambito della competenza amministrativa « par nature » (« s'il n'en était pas ainsi, si ces liquidations étaient portées devant les tribunaux, les juges pourraient, à leur gré, constituer le trésor public débiteur de sommes plus ou moins considérables; et, par des erreurs qui seraient d'autant plus fréquentes que ces sortes d'affaires leur seraient moins familières, démolir successivement la fortune publique »: HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, cit., p. 202).

del Regno. Il giudice dei conflitti, in realtà, riuscì a mantenersi ancora abbastanza fedele al criterio di riparto che gli era caro nel sottrarre all'autorità giudiziaria tutto il contenzioso relativo al debito pubblico consolidato⁽¹¹⁰⁾: in questo campo, infatti, la deroga al foro ordinario⁽¹¹¹⁾ poteva essere giustificata sostenendo che la liquidazione del debito pubblico era rimessa *ex lege* a particolari uffici finanziari⁽¹¹²⁾, i quali vi procedevano applicando regolamenti amministrativi sicuramente estranei, nei criteri che dettavano, al diritto comune, e perciò stesso esulanti dalla capacità cognitiva del giudice ordinario. Senonché, a quanto sembra, si andò più avanti, fino a riservare alla cognizione amministrativa qualsiasi domanda relativa all'accertamento ed alla liquidazione di *ogni* credito verso lo Stato⁽¹¹³⁾. Il che, come proprio corollario, produsse la regola

(110) A comporre il quale concorrevano una serie di voci, legate a complesse vicende anteriori o concomitanti all'istituzione del Regno (pesante passivo pregresso della Repubblica Cisalpina, assunzione da parte dello Stato di tutti gli oneri contratti dalle corporazioni religiose soppresse, debiti delle Provincie e dei Comuni assunti dallo Stato in ossequio all'art. 125 della Costituzione di Lione, impegni dello Stato d'antico regime a cui il Regno era succeduto, e di cui il Governo aveva ritenuto opportuno farsi carico). Il principio fondamentale in materia, stabilito dalla legge 31 marzo 1803, era che tutti questi crediti, per ottenere soddisfazione, dovessero essere preventivamente riconosciuti dallo Stato, il quale si riservava di valutare i titoli degli aventi diritto secondo il disposto delle varie leggi speciali emanate per ogni categoria di crediti, e prescriventi i limiti ed i modi con cui la Repubblica si accollava l'onere pregresso. L'iscrizione della somma così liquidata nel Registro del debito nazionale valeva come impegno dello Stato alla soddisfazione (che avveniva per lo più mediante l'emissione di cartelle di rendita del Monte Napoleone e di rescrizioni ammesse come contante nell'acquisto dei beni nazionali).

(111) Che fu fermissima: C.d.S. 29 aprile 1807, *Chiapponi v. Economato beni nazionali*, GGU, t. I, pp. 180-184; C.d.S. 12 settembre 1808, *Tremiglian v. Prefetto dell'Adriatico*, GGU, t. III, pp. 90-94; C.d.S. 19 settembre 1808, *Comune di Comacchio v. Montevercchi*, GGU, t. III, pp. 95-99; C.d.S. 1 agosto 1810, *Mazzarioli v. Podestà di Treviso*, GGU, t. III, pp. 136-140; C.d.S. 20 agosto 1810, *Foresti v. Porro*, GGU, t. III, pp. 144-147.

(112) Cioè alla Direzione generale del debito pubblico, organo centrale del Ministero delle Finanze, che doveva provvedere all'esame dei titoli ed all'iscrizione sul Registro.

(113) In questo senso cfr. la testimonianza di Romagnosi in GGU, t. I, p. 45.

secondo cui « il conoscere se vi sia luogo all'azione di danni e interessi verso l'autorità amministrativa per qualunque atto relativo alle di lei funzioni » dovesse considerarsi « di spettanza della sola autorità amministrativa » (114). Se prestiamo fede a quest'ultima, significativa testimonianza (di cui purtroppo il *Giornale* non offre ulteriori sicure conferme) ne dobbiamo concludere che anche da noi venne sostanzialmente recepita la conseguenza più importante della teoria francese dell'*Etat-débiteur*: ovvero la sottrazione all'autorità giudiziaria di tutto il sindacato sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell'Amministrazione, anche se ci sfuggono, per insufficienza di documentazione, gli argomenti giuridici di cui il Consiglio si sia potuto servire per giustificare questa imponente derogata alla competenza del giudice ordinario.

Nel complesso, dunque, la nostra giurisprudenza del riparto dal 1805 in poi si allontana assai meno da quella francese di quanto possano far supporre i principii teorici a cui professa di attenersi. Anzi, sia che la clausola generale formalizzata durante il periodo repubblicano non fosse, all'atto pratico, di grande aiuto per chi doveva decidere; sia che un complesso di esigenze politico-amministrative abbia 'forzato' la mano al giudice dei conflitti, imponendogli compromessi poco graditi ma inevitabili; sia, infine, che l'esempio della giurisprudenza francese, di cui cominciarono a circolare i primi commentari (115), abbia esercitato una certa influenza sui membri del Consiglio di Stato; certo è che, col passare degli anni, il richiamo alla formula del 1803 sembra farsi più spo-

(114) C.d.S. 30 ottobre 1810, *Bertuzzi v. Demanio*, GGU, t. III, pp. 263-267.

(115) Oltre ai già citati *Codes* di Fleurigeon e di Jourdain, ed al *Répertoire* di Merlin (che nonostante il suo carattere generale contiene già numerose voci amministrativistiche e dedica soprattutto una costante attenzione ai problemi del riparto), si ricordi per tutti il *Recueil général des lois et des arrêts* di Sirey, la grande raccolta periodica di giurisprudenza il cui primo volume reca la data dell'anno 1800, e che Romagnosi utilizza correntemente. In aggiunta a questa letteratura più nota, circola anche in Italia, nell'età imperiale, tutta una repertoristica di diritto pubblico specializzata per settori, che troviamo ampiamente rappresentata nella biblioteca del Consiglio di Stato del Regno (poi confluita in quella di Brera): una vera miriade di *Codes*, redatti da penne anonime o sconosciute, per ogni *matière administrative* degna di un qualche rilievo.

radico nelle motivazioni informali del Consiglio, e diventa più frequente, invece, il riferimento alla regola dell'atto amministrativo ⁽¹¹⁶⁾.

Può darsi, del resto, che la formula del 1803 avrebbe potuto anche sopravvivere — radicata com'era nella coscienza dei contemporanei ⁽¹¹⁷⁾ — a questo momento di crisi, magari combinandosi con altre clausole speciali. Il concetto fondamentale che essa esprimeva, nel presentare la scelta del foro come una conseguenza del tipo di diritto pubblico o privato regolante la controversia, costituiva certo un principio di notevole civiltà, che pare anzi confermare significativamente la tesi sostenuta da tanti giuristi francesi secondo cui il vero criterio implicito di riparto seguito fin dall'inizio anche oltralpe fu appunto quello del « *droit applicable* » al rapporto contenzioso ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. per es. C.d.S. 2 dicembre 1808, *Seguro e Carminati v. Demanio*, GGU, t. III, pp. 129-134: la competenza non si sposta poiché « la disputa non cade sulla validità degli atti amministrativi di cui si tratta...; l'ordine della vendita della possessione Cesarano, l'approvazione del contratto, l'investimento del prezzo: tutti questi atti son fuori disputa per loro stessi »; C.d.S. 30 ottobre 1810, *Bertuzzi v. Demanio*, cit.: « è troppo noto che ogni fatto dell'autorità amministrativa praticato nell'esercizio delle di lei funzioni è sottratto alla cognizione dei tribunali ordinarii fino al punto che è loro tolta la interpretazione degli atti medesimi, e qualunque potere di distruggerne o di arrestarne gli effetti propri ». Si noti, tuttavia, che spesso la vecchia clausola viene conservata accanto a queste nuove argomentazioni, in funzione di 'spalla': ad es., proprio nell'ultima decisione citata, in cui il giudice ordinario era stato adito per decidere la prevalenza tra due contratti con cui l'Amministrazione aveva affittato gli stessi beni a persone diverse, il Consiglio degli Uditori si appigliava anche al fatto che « una tale ispezione è tutta dipendente da regolamenti particolari del Governo, che ... fissano le norme per l'affittanza dei beni demaniali ».

⁽¹¹⁷⁾ Una prova ulteriore della sua vitalità nella cultura giuridica dell'epoca sarà offerta dalle indagini di prossima pubblicazione condotte da Piero Aimo sulla prassi dei Consigli di Prefettura: da cui risulta appunto un suo richiamo assai frequente da parte dei Consigli, con lo scopo di estendere la loro sfera di competenza contenziosa oltre i limiti delle materie enumerate legalmente.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. per tutti CH. EISENMANN, *Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, 1960, t. II, p. 379; M. WALINE, *À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de la juridiction compétente*, in *Revue de droit public*,

Senonché, la clausola veicolava un concetto di 'diritto pubblico' estremamente datato e largamente disomogeneo rispetto alla nozione che gli amministrativisti otto e novecenteschi identificano con questa espressione, e non modificabile senza una sovversione profonda del rapporto giustizia-amministrazione definito a livello teorico nel corso del periodo repubblicano.

Sarà il Consiglio stesso, infine, ad esser costretto a denunciare l'antico *considerando* della « intelligenza ed applicabilità » delle norme amministrative in alcune decisioni che Romagnosi commenta con particolare interesse ed attenzione.

6. L'aspetto curioso di questa vicenda fu che la crisi definitiva del sistema inaugurato nel 1803 non scaturì direttamente dalla presa di coscienza che il vecchio criterio di riparto andasse troppo 'stretto' ad una prassi giuridica che reclamava un ampliamento della sfera di specialità amministrativa; ma fu provocata, invece, dalla preoccupazione di giungere ad una dilatazione assurda e ingiustificata della competenza amministrativa ai danni di quella giudiziaria.

Secondo il legislatore repubblicano, come s'è visto, il vero scopo a cui il giudice dei conflitti doveva servire era quello di impedire che l'autorità giudiziaria, delegata a sanzionare lo *ius receptum*, 'interpretasse' norme di diritto 'pubblico' — cioè prodotte dal principe per un fine di 'governo', o anche di 'amministrazione' nel senso paleo-settecentesco dell'espressione —; presupponendo appunto che il compito di far osservare queste norme, e dunque di farne 'applicazione', restasse devoluto alle autorità amministrative, strettamente controllate e dirette dal vertice politico. Senonché, all'interno dell'ordinamento esistono pure una quantità di « Leggi e Regolamenti » che sono « di pubblica amministrazione » solo nel senso generico di 'norme extraprivatistiche', ma che non lo sono affatto nel senso specifico di norme attributive di poteri d'imperio agli organi amministrativi, e che dunque sono destinati ad essere sanzionati dall'autorità giudiziaria come qualunque altra norma civile o penale.

LXXVII (1961), pp. 8-21; J. M. AUBY, R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, Paris, 1975, vol. I, p. 327 ss.

Secondo Romagnosi, la coscienza di questa obbiettiva equivocità della formula fu definitivamente acquisita dal Consiglio discutendo, verso la fine del 1810, un caso particolarmente significativo, su cui vale la pena di soffermarsi per un attimo ⁽¹¹⁹⁾.

Il retroterra della causa è assolutamente banale, come modesto il suo valore economico.

Un appaltatore di dazi consumo, non avendo onorato i propri impegni verso l'amministrazione demaniale, si vede pignorate da questa le sue sostanze. Nel patrimonio dell'appaltatore viene trovato tra l'altro anche il credito di una certa somma immediatamente esigibile verso un certo Francesco Bogliacco, il quale però, richiesto del pagamento in via giudiziale ordinaria, oppone l'estinzione del debito e produce come prova le ricevute firmate dal suo vecchio creditore. Controdeducendo per parte sua, l'Amministrazione oppone a sua volta la nullità di queste ricevute per irregolare bollatura del documento, ai sensi degli artt. 18 e 20 della legge 11 settembre 1802, che regolava l'imposta di bollo ⁽¹²⁰⁾. In primo grado e in appello i tribunali respinsero la domanda dell'Amministrazione; ma il demanio ricorse in Cassazione, dove oppose pregiudizialmente, d'accordo col Regio Procuratore, « il dubbio della competenza delle precedenti sentenze, sul motivo che in esse cadeva l'ispezione della validità o invalidità delle controverse ricevute, in conseguenza dell'interpretazione della legge 11 settembre 1802 riguardante oggetto di pubblica amministrazione: locché diede motivo di sottoporre l'affare al Consiglio di Stato ».

⁽¹¹⁹⁾ C.d.S. 5 dicembre 1810, *Demanio v. Bogliacco*, GGU, t. V, pp. 257-268. Per ricostruire la lunga discussione, ci siamo rifatti direttamente ai verbali del 27 novembre, quando appunto il *plenum* del Consiglio prese in esame il rapporto degli Uditori (in ASMi, *Consiglio legislativo-Consiglio di Stato*, reg. n. 634, p. 540 ss.). Il resoconto pubblicato da Romagnosi, infatti, riporta solo i pareri favorevoli alla decisione definitiva, sacrificando il vivace contraddittorio.

⁽¹²⁰⁾ Le ricevute in oggetto, infatti, erano state rilasciate materialmente su di uno stesso foglio bollato, pur portando date diverse; e ciò in evidente contravvenzione rispetto al divieto, previsto dall'art. 18, di cumulare più atti sullo stesso foglio. La principale sanzione era la nullità dell'atto, prevista in via generale dall'art. 20 per ogni contravvenzione « all'obbligo di scrivere o stampare in carta bollata ».

Nell'ordinanza di rimessione, la Cassazione non fece mistero di condividere pienamente la tesi dell'amministrazione, interpretando cioè in maniera rigorosa gli artt. 18 e 20 e ritenendo quindi senz'altro nulle le ricevute in oggetto — diversamente dai giudici di merito ⁽¹²¹⁾ —; ma i magistrati della Corte Suprema rimisero ugualmente gli atti al Consiglio di Stato, per accertare se, in linea di principio, quella controversia dovesse devolversi all'autorità giudiziaria o all'amministrativa.

Seguendo l'*iter* regolare, l'affare fu portato prima di tutto agli Uditori, i quali, dopo breve discussione, presentarono al *plenum* un rapporto che così concludeva: « il Consiglio, sull'appoggio anche dei riflessi presentati dalla Corte di Cassazione nel proporre il dubbio di competenza della causa, ha potuto convincersi di leggieri che l'esame della validità, od invalidità delle controverse ricevute in confronto della legge 11 settembre 1802, presenta, sull'intelligenza della legge medesima, dubbj che non possono essere sciolti che dalla sola autorità amministrativa ».

Ci troviamo di fronte ad un classico esempio di rigorsa applicazione della clausola del 1803. È chiaro — né su questo vi fu la minima discussione da parte di nessuno — che il rapporto tra debitore e creditore è di puro diritto privato. L'eventualità di uno spostamento di competenza si affaccia nel momento in cui, dovendo il giudice stabilire la validità delle ricevute, si trova a dover applicare una legge che esula dal codice civile. Tale legge non riguarda per nulla il rapporto tra l'amministrazione come soggetto giuridico ed il privato — la necessità di applicarla poteva benissimo porsi in una causa tra parti private — ma si limita ad imporre e sanzionare un certo obbligo al privato stesso. Proprio per questo, la giurisprudenza francese, ispirata a criteri di riparto molto diversi, si era fatta sempre un punto d'onore di riservare alla competenza del giudice ordinario tutte le controversie in materia d'imposte indirette (dazi, dogane, imposte da monopolio, registro ecc.), in quan-

(121) Non si conosce quale fosse stata esattamente l'interpretazione degli artt. 18 e 20 accolta dalle corti di merito, ma sembra comunque evidente che esse avevano dato la precedenza a considerazioni di equità sostanziale rispetto al dovere di applicare alla lettera il disposto della legge 11 settembre.

to per definizione non era ravvisabile in tali fattispecie alcuna attività imputabile all'amministrazione come soggetto di diritto, che fosse quindi suscettibile di dar luogo a contestazioni⁽¹²²⁾.

L'unico argomento, dunque, capace di spostare la competenza è costituito dalla particolare ed intrinseca natura della legge 11 settembre 1802, la quale — come rilevava uno dei consiglieri favorevoli alla competenza amministrativa — « essendo ... una legge amministrativa; l'interpretazione di essa non può competere ai tribunali ». Nel caso di specie, occorreva effettivamente interpretare gli artt. 18 e 20, i quali erano stati intesi in una certa maniera dai giudici di merito, e che la Cassazione sembrava invece voler intendere in modo diverso: e siccome, « secondo il principio stabilito dal decreto 4 marzo 1803 ... quando cade dubbio sulla intelligenza di una legge amministrativa, i tribunali non possono pronunciare », pare evidente che « la competenza amministrativa è indeclinabile »⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ Già la legge 7-11 settembre 1790, art. 2, aveva formalizzato questa regola, che una serie di leggi speciali avevano poi, già durante il periodo rivoluzionario, specificato in ordine alle varie categorie di imposte indirette. La *ratio* di questa scelta è il rovescio ed il complemento dell'assegnazione all'autorità amministrativa delle controversie sorte in materia di imposte *dirette*, in cui l'oggetto del contendere cade sempre e necessariamente sull'attività impositiva della pubblica amministrazione, culminante nell'iscrizione al ruolo. « Rien de semblable pour les impôts indirectes », le quali, « annexes à la loi ou au décret qui les rend exécutoires, visent des faits matériels de consommations, de fabrication, de transport... Sans doute, toutes ces opérations intéressent l'administration générale, mais elles ne mettent en cause aucun acte de la puissance publique » (LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 692). Anche nel caso del bollo — per il quale pure in Francia non esisteva una norma d'attribuzione espressa — la giurisprudenza era stata concorde nel lasciare all'autorità giudiziaria tutte le controversie correlative (MERLIN, *Répertoire, Timbre, ad vocem*, vol. XIII, p. 27 ss.).

⁽¹²³⁾ Sono parole del Consigliere Luigi Valdrighi, che dal 1807 svolgeva la funzioni di Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. Nel corso della discussione, è lui il più deciso ed ostinato difensore della vecchia clausola; la quale, indubbiamente, paralizzando il sindacato giurisdizionale nel momento stesso in cui veniva sollevato un semplice dubbio sulla competenza del tribunale, esaltava il potere del pubblico ministero come rappresentante degli interessi dell'amministrazione.

Queste opinioni conformi alla tesi tradizionale, ribadite da tutta una parte del Consiglio di Stato, trovano invece nel corso del dibattito, una folta (e forse inaspettata), schiera di contraddittori, ormai decisi a denunciare come il criterio del 1803 « provi troppo; perocché guiderebbe a dire che anche allorquando nascerà dubbio sulla intelligenza del Codice Napoleone i tribunali civili debbono sospendere ogni cognizione degli affari »⁽¹²⁴⁾. La funzione giurisdizionale ha ricevuto in effetti una configurazione precisa dall'art. 4 del Codice, il quale non tollera più che il giudice possa chiamare in causa il legislatore alla prima difficoltà applicativa: « la Corte di Cassazione ha dubitato della competenza sul principio che sia d'uopo interpretare la legge, poiché nello stato presente fa nascere dei dubbj. Ma siccome l'interpretazione di cui si tratta non è quello sviluppo di disposizione legislativa che appartiene al solo autore della legge; ma è quella rilevata cognizione ed intelligenza che guida il giudice all'applicazione della medesima; così qualunque sia il dubbio, lo scioglimento del medesimo non eccede la competenza dei tribunali, anzi è essenzialmente della sola loro competenza »⁽¹²⁵⁾. « Se il senso dell'art. 18 è oscuro — dunque — i tribunali appunto lo determinano spiegandolo »⁽¹²⁶⁾: questa è proprio la loro funzione specifica!

Né si può giustificare la clausola del 1803 presentandola come una deroga eccezionale all'art. 4, derivante da uno speciale trattamento riservato alle leggi « di pubblica amministrazione ». Tale nozione, costruita tenendo presente soltanto un ipotetico interesse del legislatore, è del tutto gratuita; mentre il vero concetto di legge amministrativa rinvia invece a quello retrostante dello Stato

⁽¹²⁴⁾ Così Giacomo Luini, che invece gioca qui il ruolo di principale accusatore del criterio di riparto del 1803. Il che, forse, si può in parte spiegare ricordando che Luini, già prima di entrare al Consiglio di Stato, ricopriva la carica di Primo Presidente della Corte civile e criminale di Milano, e quindi poteva essere particolarmente portato a favorire nel riparto l'autorità giudiziaria. In seguito gli verrà affidata la Direzione generale della Polizia, carica che conserverà fino alla caduta del Regno (CORACCINI, *Storia dell'amministrazione del Regno d'Italia durante il dominio francese*, Lugano, 1823, p. CI).

⁽¹²⁵⁾ È ancora Luini che parla.

⁽¹²⁶⁾ Così Benedetto Bono, Direttore generale dell'amministrazione dei Comuni, destinato a scomparire prematuramente l'anno successivo.

come soggetto ed al rapporto giuridico che esso instaura con i privati.

« La legge di pubblica amministrazione — allora — è quella che regola e dirige l'amministrazione pubblica nell'andamento delle sue massime. E ciò è ben diverso dalle concrete prescrizioni che stabilisce, e dalle speciali ordinazioni che ingiunge. Quelle sono per la condotta dei funzionarj. Queste per la pratica dei particolari. Su queste veggono dunque di loro diritto i tribunali, quante volte non siavi espressa riserva » ⁽¹²⁷⁾.

Di fronte a questo linguaggio nuovo, che smantella dalle fondamenta tutta l'impalcatura ideologica dei decreti del 1803 — basata sulla duplice ambiguità tra leggi di diritto pubblico e leggi amministrative, e tra interpretazione autentica ed interpretazione dottrinale —, ai partigiani dell'antica clausola non resta che ripetere, quasi rabbiosamente, la scansione logica essenziale su cui essa era stata costruita una volta: la norma « non può applicarsi se non entrando nella intelligenza della legge. La legge è amministrativa. Dunque i tribunali non sono competenti ». Argomenti che ormai scoprono chiaramente la trama di tautologie di cui sono intessuti.

Dopo un lungo e animato dibattito, il « Gran Maggiordomo Maggiore chiude la discussione, e mette alle voci il progetto di Decreto proposto dal Consiglio degli Uditori. Il Consiglio di Stato lo esclude, e dichiara che la causa, di cui si tratta, allo stato degli atti è di pertinenza dei tribunali civili ».

7. Questa decisione, che a quanto pare la stessa giurisprudenza del Consiglio riconobbe negli anni seguenti come una svolta di rilievo ⁽¹²⁸⁾, costituisce la chiave per collocare nella sua giusta pro-

⁽¹²⁷⁾ L'osservazione è ancora di Luini; secondo il quale il legislatore « ha lasciato intatto il principio generale che tutte le leggi inducenti obblighi ai privati, e determinanti il valore delle loro azioni sono applicabili per opera dei tribunali civili ».

⁽¹²⁸⁾ È un fatto che dopo la fine del 1810, presentandosi al Consiglio diversi casi concettualmente analoghi, in cui il giudice ordinario rimetteva gli atti sulla base del solo motivo che per decidere la controversia vi era da « portare ispezione... sull'applicabilità e sull'interpretazione » della legge amministrativa, il Consiglio li decise nello stesso senso del caso Bogliacco,

spettiva l'opera amministrativistica di Romagnosi, come egli stesso ci segnala proprio nelle prime pagine dei *Principj*. Indipendentemente dalla sua reale importanza giurisprudenziale, essa ha per lui un significato rivelatore, indicandogli una verità fondamentale fino ad allora pretermessa, e capace invece di sopportare il peso di tutto un nuovo sistema.

La grande scoperta dell'affare Bogliacco, gravida di innumerevoli corollari, è che « la denominazione di *pubblica amministrazione* non serve ad indicare la materia propria contemplata da una legge o da un regolamento, vale a dire, non indica la sostanza e l'oggetto di legge relativo a un dato ramo di pubblica economia » ⁽¹²⁹⁾; questo era stato il significato aggettivale che l'espressione aveva assunto nell'art. 100 della Costituzione di Lione e nei decreti del 1803, a connotare quel certo gruppo di norme regolamentari prodotte dal legislatore in funzione di un puro interesse pubblico. Al contrario, l'espressione indica « il *fatto* o le *funzioni* dell'autorità governativa rispetto alla materia medesima » che la legge o il regolamento affidano alle sue cure. Da ciò consegue che una norma si dice 'amministrativa' non più in quanto posta dal principe nell'atto di 'amministrare' la società civile, ma in quanto si rivolge ad un organo dello Stato che opera nell'ambito dell'ordinamento per il conseguimento dei fini pubblici.

Non è un caso, quindi, che la definizione romagnosiana di pubblica amministrazione sia stata messa a punto per la prima volta proprio in calce alla decisione *Bogliacco*, anche se a grandi linee essa era stata già elaborata nel corso del 1810: « amministrazione » non indica più globalmente il « ministerium » di chi governa, ma isola, al contrario, l'attività concreta dello Stato-persona, in quanto diretta a modificare i rapporti giuridici con gli altri soggetti, e non più a produrre o dichiarare il diritto.

richiamandosi semplicemente alle « massime già adottate » (C.d.S. 9 febbraio 1811, *Scuri v. Signorini*, GGU, t. V, pp. 9-15; C.d.S. 4 novembre 1812, *Majocchi v. Poreti*, GGU, t. VI, pp. 12-18; C.d.S. 23 agosto 1812, *Finanza v. Burchiani*, GGU, t. VIII, pp. 137-139: in tutte queste sentenze viene ribadito il principio che finché non si profili la necessità di « alterare le disposizioni di pubblica amministrazione », la competenza resta giudiziaria qualunque siano le norme da applicarsi al rapporto).

⁽¹²⁹⁾ GGU, t. V, p. 260.

Si può certo, così, ricondurre ancora la *summa divisio* pubblico-privato alla « diversa fonte di autorità dalla quale emana la disposizione medesima », considerando « di pubblico diritto » tutti quei diritti e doveri « che sarebbe impossibile autorizzare coi rapporti soli della privata eguaglianza ed indipendenza »⁽¹³⁰⁾. Ma ciò non significa affatto che tutto il diritto fondato soltanto sull'*auctoritas* del principe debba essere, per questa sua sola origine genetica, sottratto alla cognizione dell'autorità giudiziaria: « altro è il dire che una data materia sia per se stessa di *ragion pubblica*, cioè riguardante ed interessante l'universalità dei cittadini, considerati come aggregato o come costituenti una sola ed individua persona, ed altro è il dire che l'*amministrazione* delle materie medesime sia affidata agli agenti immediati del governo, detti volgarmente amministratori »⁽¹³¹⁾. « In questo senso pertanto l'amministrazione pubblica sarà distinta dalla *pura legislazione* di ragion pubblica: quando il legislatore contempla il solo fine della cosa pubblica, le *disposizioni della legge* diconsi piuttosto di *ragion pubblica*, che di amministrazione pubblica; allorché poi contempla le incombenze dei funzionarj pubblici, e comanda loro di procedere con un determinato ordine, le disposizioni suddette diconsi di amministrazione pubblica »⁽¹³²⁾. La norma amministrativa è solo quella che riguarda il comportamento della pubblica amministrazione come soggetto, come complesso di organi agenti nell'interesse pubblico: « quale materia — infatti — vi può essere mai che vesta maggiormente il carattere di ragion pubblica della materia criminale, la quale è tutta propria ed esclusiva della sovranità, ed è uno dei diritti di maestà? E pure la materia criminale non è di pubblica amministrazione nel senso adottato dalle nuove leggi »⁽¹³³⁾. Mentre, ancora, vi sono molte norme senz'altro pubblicistiche quan-

⁽¹³⁰⁾ *Della condotta civile delle acque*, EP, *Giurisprudenza civile positiva*, t. I, p. 708. L'occasione per queste riflessioni, che ripropongono assai lucidamente vecchie distinzioni della cultura giusnaturalista tradizionale, è offerta al nostro autore da una disputa giurisprudenziale tipica dell'età della Restaurazione, quella cioè relativa alla determinazione di quale materiale normativo prodotto dal previgente regime potesse ritenersi ancora in vigore dopo la caduta del governo napoleonico.

⁽¹³¹⁾ GGU, t. V, p. 310.

⁽¹³²⁾ *Ibidem*, p. 300.

⁽¹³³⁾ *Ibidem*, p. 307.

to all'*auctoritas* che pure fanno nascere diritti ed obblighi soltanto tra privati, senza implicare alcun rapporto con lo Stato-amministratore (un caso di questa specie assai approfondito da Romagnosi è costituito dall'istituto della servitù coattiva d'acquedotto, la quale non potrebbe certo esistere se ci si limitasse a consultare la pura giustizia commutativa, e che dunque può essere introdotta nell'ordinamento solo attraverso l'intervento « politico » del legislatore: ma che ciononostante, riferendosi solo ad un rapporto interpretato, dà luogo ad una normativa « di ordine — e non di diritto — pubblico »).

Risulta perciò acclarato definitivamente che « la qualità ... generica di *ragion pubblica* non serve di caratteristico per fissare la competenza di un giudizio »⁽¹³⁴⁾, ed il criterio di riparto non coincide per niente con quello diritto pubblico-diritto privato. Tutto il sistema deve essere ricostruito tenendo ben distinto lo Stato come produttore di norme dallo Stato come soggetto di diritto, e facendo proprio di quest'ultima nozione il suo baricentro.

8. Questo nuovo distinguo implica una conseguenza immediata: il vero motivo che giustifica la sottrazione di determinate controversie al sindacato del giudice ordinario non è per niente quello di salvaguardare una certa categoria di norme, che risultano applicabili in quelle controversie, da una sua malaccorta o capziosa interpretazione; ma quello ben diverso, invece, di salvaguardare l'attività giuridicamente rilevante di un certo soggetto dell'ordinamento, nella misura in cui il giudizio del magistrato possa risultare distruttivo delle sue determinazioni o dei loro effetti.

Si tratta, infatti, di due divieti differenti, ognuno legato ad una propria filosofia: il primo, anzi, non solo non ha niente a che vedere con la separazione dei poteri e la giustizia amministrativa; ma è stato dichiarato del tutto inammissibile nel nuovo ordinamento, il quale ha proclamato chiaramente la distinzione tra un'« interpretazione *legislativa* o regolamentare » riservata al sovrano con effetti *erga omnes*, ed un'« interpretazione *dottrinale*, affidata ed anzi imposta ai giudici come parte integrante del giudicato, e precisamente dell'applicazione della legge ch'essi debbono fare

⁽¹³⁴⁾ *Ibidem*.

ne' loro giudizi » ⁽¹³⁵⁾, senza che sia consentito distinguere tra legge e legge. È la nuova filosofia di Portalis, quella che sta dietro all'art. 4 del Codice, e che Romagnosi ha assorbito profondamente: « obbligato di fatto il giudice a rendere giustizia negli affari portati avanti a lui, esso commette un atto contrario al suo dovere, disimpegnandosi *senza ragione* dalla cognizione a lui implorata, o negando di pronunciare o rimettendo semplicemente l'affare ad altra autorità » ⁽¹³⁶⁾.

La conseguenza di questi principii è che « le leggi, i regolamenti e i decreti governativi anteriori al Terzo Statuto costituzionale e al Codice Napoleone, i quali vietano l'interpretazione del senso generale delle leggi, o della loro applicabilità » non possono riferirsi altro che all'interpretazione « legislativa », capace di imporsi con l'identica forza di un testo legale a tutti i consociati. « Ora domando, se esista un'altra specie d'interpretazione e dichiarazione esclusivamente riservata al re, la quale possa avere una diversa forza ed autorità, e la quale sia diretta da principii diversi? » La risposta è ovviamente negativa, giacché esiste soltanto *un altro* tipo di interpretazione, quella capace di fare stato tra le parti, che compete interamente al giudice del rapporto. Le norme anteriori al Terzo Statuto, quindi, non hanno mai potuto intendere che

⁽¹³⁵⁾ Così scrive Romagnosi già nel primo numero del suo *Giornale*, esponendo le varie competenze del Consiglio di Stato e soffermandosi in particolare sull'interpretazione autentica di norme legali e regolamentari che esso rende — sempre salva l'approvazione del sovrano — ai sensi degli artt. 25 e 54 del Terzo Statuto (GGU, t. I, pp. 15-16). Il nostro autore si impegna a dimostrare come, secondo il nuovo testo costituzionale, questa attribuzione sia del tutto distinta da quelle in materia contenziosa e di conflitti di attribuzione che l'art. 29 assegna al Consiglio degli Uditori.

⁽¹³⁶⁾ GGU, t. I, pp. 15-16. Come s'è visto Romagnosi si riferisce espressamente ai lavori preparatorii degli artt. 4 e 5 Cod. Nap. in GGU, t. III, p. 21. Non è qui possibile affrontare più a fondo l'importante tema dell'interpretazione della legge nel pensiero romagnosiano, che fa leva proprio sull'art. 4 per conservare una funzione integrativa al vecchio diritto naturale, in netta dissonanza con le nuove tendenze esegetiche d'oltralpe. Sul significato originario dell'art. 4 e sulla sua re-interpretazione da parte dell'*Ecole de l'exegèse* cfr. in breve e per tutti N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 81 ss., e CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 127 ss. e p. 143 ss.

« per solo motivo di *dubbio* eccitato dalle parti litiganti, o caduto in mente del giudice o del ministero pubblico » al magistrato sia inibito di rendere l'interpretazione giudiziaria, e quindi resti sospeso « il corso di una causa per invocare sempre la interpretazione suprema » ⁽¹³⁷⁾.

Può succedere, certamente, che al giudice sia richiesto a titolo principale o incidentale di pronunciarsi su materie che gli sono costituzionalmente vietate e che la legge rimette all'autorità amministrativa; ma questa ipotesi non costituisce altro che un normale caso di incompetenza *ratione materiae*, disciplinato ampiamente dal codice di procedura civile francese, esteso al Regno nel giugno del 1806, il quale impone al giudice di pronunciarsi con sentenza sulla sua competenza — sia che egli la rilevi d'ufficio, sia che ne venga sollecitato da un'eccezione di parte ⁽¹³⁸⁾. « Come si potrebbe verificar ciò con lo stravagante metodo semplicemente intenzionale, col quale si pretende che il giudice a bocca chiusa, e senza pronunciare e motivare il suo giudizio, si spogli della cognizione di un affare, e lo rimetta ad altra autorità? » Ciò che vi è *in più* — ma non *in deroga* — a questa disciplina è soltanto un procedimento speciale (la cui attivazione è riservata all'autorità amministrativa) per far valere l'incompetenza materiale del giudice ogni volta che egli si avventuri fuori dalla sfera di attribuzioni del suo potere. Resa necessaria dall'esigenza di sottrarre alla Cassazione il monopolio del giudizio sul riparto, investendone invece il sovrano in Consiglio di Stato come superiore comune di tutte le autorità, la procedura del conflitto prevista dall'art. 29, n. 2 non vuole assolutamente espropriare il giudice del suo diritto-dovere di pronunciarsi sulla competenza — tant'è che in Francia si richiede una preventiva sentenza sul punto — ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ GGU, t. I, p. 16.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. in particolare artt. 170 e 172.

⁽¹³⁹⁾ In questa materia è anzi possibile rilevare una significativa evoluzione del pensiero romagnosiano, dai suoi primi interventi nel tomo I del GGU fino ad alcune pagine che egli inserisce nel tomo VIII del 1813 (pp. 139-144), in margine alla già citata sentenza *Ponzetti v. Burchiani*. All'inizio, infatti, egli aveva ammesso che la sentenza con cui il giudice, su declinatoria di foro del convenuto ed a norma dell'art. 172 cod. proc. civ., affermava la sua competenza sulla causa rigettando l'eccezione di difetto di

I tempi sembrano quindi maturi perché anche l'ordinamento del Regno conferisca all'istituto dei conflitti quella disciplina che finora gli è mancata, mutuandola dalla Francia con i dovuti miglioramenti: una disciplina che lungi dal presentarsi come odiosamente prevaricatoria nei confronti dell'autorità giudiziaria — secondo l'immagine poi accreditata dagli scrittori della Restaurazione — costituisce invece un'importante garanzia della sua stessa autonomia funzionale. È per questo che Romagnosi, nel terzo fascicolo del 1811 del suo *Giornale* (uscito presumibilmente nell'ottobre di quell'anno) offre un lungo e dettagliato progetto di regolamento per i conflitti d'attribuzione, redatto in articoli e rispondente alle linee ora indicate, con l'augurio che esso giovi « almeno a preparare nella comune dei leggitori l'intelligenza di ciò, che all'autorità superiore piacerà forse di specialmente determinare per il Regno d'Italia »⁽¹⁴⁰⁾.

Il riferimento ad una possibile volontà legislativa non è in realtà un puro auspicio, ma si riferisce alla progettazione dei c.d. « codici per la giustizia amministrativa », a cui si lavorava nel Regno già dall'agosto del 1811⁽¹⁴¹⁾. Dei due progetti, elaborati a cura del Ministero della Giustizia e sottoposti al giudizio del Ministro dell'Interno rispettivamente nel marzo e nell'aprile dell'anno dopo, il secondo prevedeva una estensione al Regno dei due regolamenti francesi del giugno-luglio 1806, relativi alle procedure per gli

attribuzioni prima di entrare nel merito, fosse immediatamente impugnabile non solo in Cassazione, ma anche in Consiglio di Stato; con effetti sospensivi analoghi a quelli di un conflitto d'attribuzione (in tal senso JOURDAIN, *Code de compétence*, cit., vol. II, p. 212). Nel 1813, invece, sotto l'influenza di Henrion de Pansey (di cui ha avuto modo di conoscere la seconda edizione del *De la compétence des juges de paix*) egli distingue oramai nettamente gli effetti del conflitto da quelli della declinatoria e del successivo ricorso di parte, dichiarando che solo il primo ha efficacia sospensiva — così come ha stabilito nel frattempo una celebre decisione del Conseil d'Etat 11 novembre 1811 —; in tal modo il Nostro si allinea lungo la direttrice della più avanzata dottrina in materia.

⁽¹⁴⁰⁾ GGU, t. I, pp. 198-214.

⁽¹⁴¹⁾ Il 13 agosto 1811, infatti, un decreto di Eugenio delegava il ministro della Giustizia, di concerto con quello dell'Interno, ad elaborare un « progetto di decreto sulla competenza di giurisdizione dei consigli di Prefettura in supplemento al decreto 8 giugno 1805 » (ASMi, *Uffici e tribunali regi*, cart. 8).

affari contenziosi davanti al Consiglio di Stato⁽¹⁴²⁾; mentre il primo, che è di gran lunga il più interessante sotto il profilo teorico, oltre a ridisegnare con indubbia originalità la fisionomia funzionale dei Consigli di Prefettura, introduceva appunto la procedura dei conflitti di attribuzione secondo le linee auspiccate dal *Giornale* di Romagnosi pochi mesi prima⁽¹⁴³⁾.

Allo stato attuale delle ricerche d'archivio, non esiste nessun documento atto a provare che Romagnosi sia stato l'estensore di questo importante progetto, né che vi abbia collaborato in qualche modo. Pare, tuttavia — più che improbabile — veramente impossibile che egli non vi sia stato coinvolto in qualche maniera, specialmente quando si consideri che il testo fu messo a punto *al di fuori* del Consiglio di Stato⁽¹⁴⁴⁾; e certamente, tra tutti i giuristi del Regno che non ne facevano parte, egli era il più competente in tema di giustizia amministrativa, oltre che il più vicino al Ministro della Giustizia. Ma soprattutto, quel che induce a pensare ad una paternità romagnosiana, quanto meno per il primo progetto, è l'evidente affinità tra il programma di riforme in esso contenuto e le tesi teoriche propugnate dal nostro autore: i « Motivi » a stampa che seguono il progetto non solo si rifanno chiaramente, e spesso con citazioni esplicite e puntuali, agli articoli del *Giornale* già esaminati, ed alla letteratura francese che Romagnosi utilizza correntemente — quella dei Merlin, dei Locré e dei Jourdain —, ma ne rappresentano in qualche modo la trascrizione legislativa.

Non stupisce, dunque, che dopo aver tracciato le linee dell'istituto dei conflitti sulla falsariga dell'*arrêté* 13 brumaio anno X, il progetto introduca una norma che non ha alcun preciso *pendant* nella legislazione francese, anche se costituisce una diretta conseguenza dei suoi principii generali: « fuori dei casi di conflitto ... tanto le Corti e i Tribunali, come i Consigli di Prefettura, debbono sempre o giudicare del merito, o dichiarare la propria in-

⁽¹⁴²⁾ Anche se riuniti in un unico testo, e migliorati sotto il profilo della sistematica e del coordinamento. Ambedue i testi in ASMi, *Giustizia civile*, P.G., cart. 15, fasc. 18.

⁽¹⁴³⁾ Art. 17 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Circostanza che pare assolutamente assodata sulla base della documentazione conservata nella succitata cart. 8.

competenza, quando ritengano che l'oggetto non sia demandato alla loro giurisdizione » ⁽¹⁴⁵⁾. Tale disposizione, commenta il legislatore rinviando al *Giornale*, risulta essenziale « per rinvenire dalla pratica erronea radicata nel Regno coll'appoggio dell'art. 4 del Regolamento 4 marzo 1803 » e di tutte le altre leggi speciali che si sono modellate sulla sua logica. « Se il giudice — infatti — deve conoscere da sé della propria competenza e rimettere la causa ad altro giudice quando fosse assolutamente incompetente; ... se nel merito non può sospendere il giudizio e farsi a consultare il Legislatore a pretesto di silenzio, difetto od oscurità della legge (art. 4 *Cod. Nap.*), sembra evidente, allora, che l'obbligarlo a ricercare una dichiarazione, ove se gli presenti qualche dubbio o sulla legge o sulla giurisdizione, ovvero quando venga promossa dall'autorità pubblica che si trovi in causa, sia in aperta contraddizione colle accennate norme fondamentali » ⁽¹⁴⁶⁾.

Non ci sono noti i motivi che condussero all'insabbiamento del progetto di riforma — il quale, a quanto sembra, non giunse neppure ad essere mai discusso dal Consiglio di Stato e dal Senato ⁽¹⁴⁷⁾ —. Molto probabilmente esso dipese dalla franchezza con cui il redattore del disegno di legge, riconosciuta l'autonomia e la dignità del sindacato giudiziario nel modo che s'è visto, formalizzava poi la figura del giudice amministrativo, venendo così a scontrarsi con le resistenze di un'amministrazione attiva assai poco propensa a vedersi assoggettata ad un controllo giurisdizionale ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Art. 27 del progetto: regola che sarà codificata dalla prassi francese di non molto successiva (DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, cit., p. XIX).

⁽¹⁴⁶⁾ *Motivi ai singoli articoli del Progetto*, p. 19, ad art. 27 (sempre in ASMi, *Giustizia civile*, P.G., cart. 15, fasc. 18):

⁽¹⁴⁷⁾ Di tale notizia, chi scrive è debitore al Prof. Piero Aimo, le cui ricerche archivistiche condotte appunto sui processi verbali dei due organi nel periodo in questione hanno dato esiti negativi.

⁽¹⁴⁸⁾ Un documento di rilievo per comprendere l'atteggiamento dei contemporanei nei confronti del progetto è costituito da una minuta su carta intestata del Ministero dell'Interno in cui si procede ad un esame critico dei vari articoli del testo proposto (si tratta probabilmente del parere che era stato precedentemente richiesto dal Ministro della Giustizia al suo collega, nell'atto di sottoporgli il provvedimento da varare di concerto). Il giudizio complessivo del redattore non è aprioristicamente negativo: dopo

Pur all'interno, tuttavia, dell'immutato quadro istituzionale, Romagnosi continuò a portar avanti la sua battaglia, cercando egualmente di convertire la giurisprudenza dei conflitti ad un nuovo criterio di riparto tra le attribuzioni giudiziarie ed amministrative. È su questa proposta alternativa che conviene ora concentrare la nostra attenzione.

aver accolto in linea di massima, però, i contenuti della riforma, la nota sostiene con estrema energia la necessità di sottrarre alla competenza dei Consigli di Prefettura « le cause che dipendono da una dubbia interpretazione di una legge o di un decreto del Governo », proponendosi, per questa ipotesi, che i Consigli di Prefettura « si rivolgano al Ministro, incaricato di sottoporre direttamente la causa al Re » (in ASMi., *Uffici e Tribunali regi*, P.M., cart. 8). La stessa logica già caratteristica della clausola del 1803, già duramente criticata dal redattore del progetto, tende dunque a riproporsi anche se ora in un mutato contesto, non più come limite alla competenza del giudice ordinario, ma come limite alla competenza del giudice amministrativo: la legge 'politica' non può essere comunque 'applicata' da un giudice con la stessa completa autonomia di giudizio che gli viene lasciata applicando le leggi civili. Da notare che questa particolare utilizzazione dell'argomento a favore dell'amministrazione attiva fa capolino anche nella Francia napoleonica, come arma usata dai Ministri contro la giurisdizione del Consiglio di Stato; quando si sosteneva appunto che la particolare natura delle leggi amministrative esigeva che esse fossero interpretate da funzionari in istretta « confiance » col potere amministrativo stesso (cfr. la testimonianza di SIREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., p. 261 ss.).

CAPITOLO QUARTO

L'INDIVIDUAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEL CONCETTO DI ATTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Verso un nuovo criterio di riparto: l'intangibilità dell'atto di amministrazione da parte del giudice ordinario. — 2. Contraddittorietà ed ambivalenze del pensiero romagnosiano nella scelta del criterio di riparto: posizione del problema. — 3. L'aspetto formale della nuova clausola. — 4. Gli aspetti sostanziali a fronte dell'evoluzione del criterio di riparto nel corso dell'Ottocento. — 5. Analisi della definizione romagnosiana di atto amministrativo. — 6. I veri confini delle attribuzioni giudiziarie nella ricostruzione di Romagnosi. — 7. La giustificazione teorica del criterio di riparto adottato: la partizione ternaria dell'attività dello Stato. — 8. Criterio di riparto e classificazione dei beni pubblici.

1. Demolito, nel modo che si è visto, il vecchio criterio di riparto risalente all'età repubblicana, Romagnosi avverte l'impegno, fin dal primo numero del suo *Giornale*, di proporne un altro che sia più aderente alla sua concezione del diritto speciale dell'amministrazione.

La messa a punto di tale criterio discende direttamente dalla sua nuova definizione di ' pubblica amministrazione '. Se con questa espresione si intende ora, infatti, tutta l'attività pubblica che non ha come proprio fine la ' chiusura ' dell'ordinamento, ma che si colloca anzi al suo interno, al pari dell'attività di un qualsiasi altro soggetto; allora, il principio della separazione dei poteri potrà avere il solo significato di vietare all'autorità giudiziaria di giudicare l'*attività* dello Stato-amministratore. Non si tratta affatto, cioè, di inibire al giudice l'applicazione di un certo tipo di diritto, ma di impedirgli invece di valutare la legalità dei comportamenti amministrativi concreti. Giustizia ed amministrazione non sono più disposte su di uno stesso piano ideale, come funzioni equivalenti consistenti

entrambe nell'applicare norme, ma diventano due attività funzionalmente distinte, l'una consistente nel 'dire' il diritto, l'altra nel perseguire scopi di ordine empirico 'per mezzo' del diritto. Perciò l'Amministrazione si troverebbe ad essere assoggettata al sindacato giudiziario, al pari di qualsiasi altro soggetto, se non vi fossero appunto, a vietarlo, le norme sulla separazione dei poteri, dettate dalla consapevolezza che giudicare dell'attività amministrativa è ancora amministrare.

Il vero ed unico criterio di riparto, perciò, il grande volano di smistamento del contenzioso materiale tra giustizia ed amministrazione, sarà costituito dall'intangibilità da parte del giudice ordinario di tutta quanta l'attività amministrativa, concepita appunto come « serie di azioni », come complesso di « atti amministrativi ».

Non ignota alla prassi del Consiglio di Stato — che come s'è visto l'aveva utilizzata quale strumento di rottura della precedente clausola del 1803 —, la nozione di « atto amministrativo » acquisita subito, nel discorso di Romagnosi, una centralità assoluta, sulla falsariga della celebre definizione offerta dal *Répertoire* di Merlin, che il nostro autore traduce letteralmente nelle prime pagine del *Giornale* ⁽¹⁾.

Si tratta senza dubbio di un lessema recente, impostosi nel linguaggio d'oltralpe da non più di una quindicina d'anni. Il che, beninteso, non deve far credere che la nozione sostanziale corrispondente sia il prodotto di un consapevole sforzo, originalmente crea-

(1) Si noti che anche l'estensore del progetto sui Consigli di Prefettura del '12 condivide la stessa posizione. Dopo aver richiamato, nella sua relazione alla proposta, la famosa clausola del regolamento 4 marzo 1803 e le altre leggi speciali che ad essa si rifacevano espressamente, egli contrappone il criterio di riparto 'ufficiale' seguito nel Regno a quello praticato dalla giurisprudenza francese, ricavandone infine un giudizio di sintesi che merita di esser riferito: « colla scorta di queste indicazioni si è ritenuto, e si ritiene tuttavia, essere questione amministrativa quella che versa sulla intelligenza e sull'applicazione delle Leggi e dei Regolamenti amministrativi, o sull'applicazione del diritto pubblico cui ricorrere si dovesse sussidiariamente. Ben diversi, però, secondo i Francesi, sono i caratteri della questione amministrativa. Essi non li desumono già, siccome noi, da principj astratti, ma bensì dai rapporti concreti che l'oggetto ha con l'Amministrazione pubblica, cioè co'l fatto de' pubblici funzionarj » (*Motivi ai singoli articoli del progetto*, cit., p. 13).

tivo, da parte dei teorici dello Stato rivoluzionario. Al contrario, nei dibattiti dell' '89 e del '93, a cui pure si deve la ridefinizione di parecchie categorie giuspubblicistiche moderne, sarebbe inutile cercare riferimenti espliciti e circostanziati a questo concetto. Né tantomeno si può ritenere che esso sia già implicitamente 'contenuto' nella dogmatica della separazione dei poteri formalizzata in tutte le nuove costituzioni — la quale, anzi, è stata importata sul continente da ordinamenti a cui la figura dell'atto amministrativo resterà del tutto ignota fino ai giorni nostri —. Siamo di fronte, in realtà, ad una forma di manifestazione del potere peculiare della nostra esperienza continentale, e già sicuramente presente nella vita dello Stato assoluto di Polizia, anche se a livello ancora non abbastanza riflesso da parte della dottrina⁽²⁾. Anzi: se con atto amministrativo ci limitiamo ad intendere genericamente un comportamento autoritativo a carattere concreto dei pubblici apparati, che non si risolva in un provvedimento giurisdizionale, è giocoforza ammettere che il linguaggio burocratico lombardo dispone già, sotto l'antico regime, di un'espressione tecnica con cui indicare questa figura: quella di « facoltà », « nozione » o « provvidenza » economica. Un esempio notevole del suo impiego ce l'ha già offerto il dispaccio giuseppino dell'11 febbraio 1786, dove la « provvidenza economica » è presentata appunto come lo strumento tipico della nuova burocrazia centralizzata, in netta contrapposizione agli atti a carattere giurisdizionale emanati dall'autorità giudiziaria. Tutt'altro che desueto ancora negli anni dell'egemonia napoleonica, il termine è usato, nel lessico giurisprudenziale nostrano, per indicare l'atto dei pubblici poteri contenente non più l'accertamento di una situazione di diritto, ma l'attuazione puntuale di una norma di polizia, con cui si dispone unilateralmente di un bene della vita del suddito onde soddisfare alle « esigenze della pubblica causa nei diversi oggetti dell'amministrazione » (a titolo di esempio, la legislazione stessa indica « la proiezione o il sequestro dei commestibili nocivi », « la rimozione delle cose esposte in sito pericoloso », l'imposizione di prestazioni obbligatorie relative

(2) Cfr. M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, t. II, p. 157 ss.

alla manutenzione stradale o fluviale)⁽³⁾. Essendo tutte queste attività svolte nell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e non in quello dello Stato-fisco, è assolutamente pacifico che il giudice ordinario non possa esercitare su di esse alcun sindacato anche secondo i principi ricevuti dalla clausola tradizionale del 1803.

Qual è dunque, a fronte di questo concetto comunemente ricevuto, la specificità della nozione di « atto amministrativo » che Romagnosi ha importato al di qua delle Alpi e calato nella problematica del riparto?

(3) Così, in particolare, la già citata legge 10 vendemmiaio a. VI, art. 50 (la quale pone al primo posto le « provvidenze economiche » nella sua lista dei « mezzi coattivi » concessi alla polizia per conseguire i suoi scopi, accanto a vari provvedimenti restrittivi della libertà personale). Quest'impiego dell'aggettivo 'economico' in contrapposizione a 'giurisdizionale' ricorre spesso anche nella legislazione settecentesca di altri Stati italiani (cfr. ad es. *Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna*, ed. 1770, L. IV, tit. V, art. 7; L. II, tit. VII, art. 12; *Bandi e Ordini di S.A.R. il Granduca di Toscana*, XIII, LIV, artt. 63 e 109). Lo stesso Romagnosi utilizza ancora correntemente l'espressione in oggetto, attribuendole connotazioni che anticipano chiaramente quelle del futuro provvedimento amministrativo: « all'amministrazione presa in senso stretto... appartengono le così dette *nozioni economiche*, o sia quelle determinazioni, ordinanze e provvidenze esecutive, che i funzionari prendono o di moto proprio o per ordine superiore negli affari loro affidati. Alla giustizia appartengono le *decisioni* propriamente dette, le quali vengono pronunciate con cognizione di causa, e specialmente nel contenzioso sia civile sia amministrativo. Le nozioni economiche sono rivocabili dall'autorità da cui emanarono », a differenza delle sentenze. La caratterizzazione formale delle « provvidenze » è completata rilevando che esse sono sempre esecutorie « salvo il diritto di chi spetta », e contro di esse è « sempre aperto il ricorso alle autorità superiori » (PFDA, p. 20).

Il termine 'economico', del resto, è già comunemente presente, da moltissimo tempo, nel linguaggio politologico italiano, per indicare tutta la sfera dell'attività del principe distinta dal governo « politico » vero e proprio (da quello cioè diretto alla difesa esterna e al mantenimento della pace sociale), e rivolta invece ad uno scopo di benessere e di utilità sociale (cfr. tipicamente G. B. DE LUCA, *Il Principe Cristiano Pratico*, Roma, 1680, pp. 44-45: si tratta di un'estensione dell'originario significato aristotelico della parola che denota già una certa apertura verso uno 'Stato amministrativo', come ha bene sottolineato D. FRIGO, *La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)*, in AA.VV., *L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, 1985, vol. I, p. 21 ss.).

Essa consiste essenzialmente in una latitudine enormemente più ampia che la nuova figura viene ad assumere rispetto alla vecchia provvidenza economica. Secondo la presentazione di Merlin (che in realtà è ancora più un'esplicazione contenutistica che un tentativo di definizione scientifica), tradotta letteralmente da Romagnosi, l'atto amministrativo è « un'ordinanza, una decisione dell'autorità amministrativa, o un atto, un fatto di un amministratore che si riferisce alle sue funzioni » (4). Gli effetti concreti di questa definizione sull'equilibrio del riparto sono evidenti se si pensa che essa è stata appositamente predisposta per 'leggere' le due grandi norme rivoluzionarie prescelte dalla prima giurisprudenza francese a fondamento del sistema di riparto. La prima, contenuta nel celebre art. 13, tit. II, della legge 16-24 agosto 1790, proibisce al giudice, « à peine de forfaiture », di « troubler de quelque manière que ce soit les opérations administratives », mentre l'articolo unico della legge 16 fruttidoro anno III aggiunge che « defenses iteratives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'Administration, de quelque espèce qu'ils soient ».

Né il legislatore del 1790, né quello dell'anno III, in realtà, avevano pensato con ciò di escludere dalla competenza giudiziaria le azioni esperite contro l'Amministrazione (il primo, in particolare, aveva voluto soltanto impedire ai tribunali di svolgere funzioni di amministrazione attiva e di condannare i funzionari per fatti inerenti al loro ufficio, secondo quella che era stata la temibile abitudine dei Parlamenti nell'ultima fase dell'antico regime; ed il secondo, dettando questa norma di circostanza, si era riproposto di escludere dal sindacato del giudice solamente i provvedimenti a carattere eccezionale assunti dai convenzionali in missione

(4) GGU, t. I, p. 33; « un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administrateur qui a rapport à ses fonctions » (*Répertoire universel*, cit., t. I, p. 65). Per un'altra definizione analoga offerta dalla repertoristica dell'epoca cfr. il *Dictionnaire de matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative*, Paris, a. XI-XII, a firma di un anonimo « C.P.D. »: gli « Actes d'Administration publique » sono quelli « faits par les ministres, les préfets et sous préfets et par les administrations municipales, relativement aux opérations administratives qui leur sont confiées. Les juges — si affretta a precisare il compilatore — ne peuvent en connaître » (t. I, p. 61).

durante il periodo del governo rivoluzionario — si trattava soprattutto di requisizioni sul campo e di imposizioni di tasse rivoluzionarie: provvedimenti che l'Ottocento maturo avrebbe qualificato senza esitazione come 'politici' (5).

Fu solo in seguito, in piena epoca direttoriale, che una serie di *arrêtés* governativi emanati in materia di conflitti di attribuzioni cominciarono ad usare sistematicamente questi divieti per impedire all'autorità giudiziaria di conoscere delle controversie relative ai beni nazionali, al debito dello Stato, alle forniture di guerra, alla condizione degli emigrati e ad altre materie di particolare delicatezza politica (6). Ed è solo a questo punto, quindi, approssimativamente coincidente con l'anno V della Repubblica, che l'espressione « atto amministrativo » 'esplode', e comincia ad indicare,

(5) Cfr., sul punto, l'attenta analisi di SANDEVOIR, *Études*, cit., p. 130 ss.

(6) Il momento genetico di questa nozione 'ampia' di atto amministrativo può essere tipicamente indicato nel celebre *arrêté* direttoriale 2 germinale a. V (pubblicato per la sua esemplarità in *Bulletin des Lois*, 2^{ème} série, n. 115, pp. 1-5): un testo che si trova di solito citato come l'origine della cosiddetta regola dell'« Etat-débiteur », ma il cui significato è senz'altro più ampio. Le circostanze in cui esso fu emanato sono note: un vetturale che aveva eseguito determinate prestazioni a favore dello Stato chiese il compenso pattuito al funzionario con cui aveva contrattato, e sentitosi rispondere che al momento non vi era disponibilità di cassa, pensò bene di convenirlo personalmente davanti al giudice ordinario; il quale, in effetti, condannò in proprio il pubblico amministratore al pagamento del debito e al risarcimento del danno di mora. Sollecitato da una serie di casi analoghi, il Direttorio avvertì l'esigenza di precisare che « dans la classe des opérations administratives — di cui il giudice non può conoscere ai sensi della legge 16-24 agosto 1790 — se rangent naturellement toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du Gouvernement, par ses agents immédiats, sous sa surveillance, et avec les fonds fournis par le Trésor public ». L'avocazione di tutto questo enorme contenzioso materialmente civilistico si viene dunque a giustificare storicamente come una contromossa rispetto alla minaccia dell'autorità giudiziaria di misconoscere lo Stato come persona giuridica, considerando invece direttamente responsabili i funzionari agenti a suo nome (ed in questo senso Hauriou poteva concludere, polemizzando con Dicey — e pur con evidente esagerazione — che l'esistenza di una giustizia amministrativa è la *condicio sine qua non* per ammettere una autonoma responsabilità dello Stato: *Précis de droit administratif*, cit., p. 872).

nel linguaggio giurisprudenziale, qualsiasi atto produttivo di effetti giuridici imputabile alla pubblica Amministrazione.

In questo senso, appunto, l'espressione è recepita da Romagnosi; il quale, richiamandosi alle due disposizioni legali su citate come se si trattasse di diritto vigente a tutti gli effetti nel Regno d'Italia, ne ricava il divieto rivolto al giudice ordinario di manomettere in qualsiasi modo ogni atto amministrativo in senso *organico e formale*: « tutto ciò che altera o invalida, tutto ciò che può tendere ad alterare o ad invalidare il tenore e gli effetti proprj d'una ordinazione o decisione amministrativa, tutto ciò che assoggetta, tutto ciò che tende ad assoggettare alla cognizione dei tribunali ordinarj un atto d'un amministratore relativo alle di lui funzioni, o non può formare materia dei giudizj dei tribunali suddetti, o non può formarla se non mediante una precedente decisione o autorizzazione dell'autorità amministrativa » (7).

Ecco dunque che la nuova nozione di atto amministrativo, come atto, per così dire, intraordinamentale, che già si era fatta intravedere nella definizione romagnosiana di amministrazione, appena calata nella realtà mette subito da parte la sua anima legalista, e rivendica brutalmente una specialità a cui niente sembra dargli diritto. L'Amministrazione è ora presentata come un soggetto che si iscrive entro uno spazio giuridicamente definibile: ma è proprio questa soggettività, che la dovrebbe aprire completamente al controllo giurisdizionale, a costituire l'indicatore della sua indiscriminata esenzione da esso, anche laddove utilizzi gli strumenti del diritto dei privati. Quanto migliore, allora, l'equilibrio così 'liberale' codificato dalle formule nostrane del 1803!

A fronte di una cultura amministrativistica ottocentesca che si assumerà come proprio compito essenziale, fin quasi alla fine del secolo, quello di circoscrivere la nozione sostanziale di atto amministrativo rispetto alla latitudine indefinita che essa aveva assunto al suo sorgere (8), la figura di Romagnosi finisce per essere quella

(7) GGU, t. I, p. 36.

(8) Già i primi liberali della Restaurazione, apertamente polemici nei confronti dell'autoritarismo rivoluzionario e napoleonico che aveva tenuto a battesimo il diritto amministrativo francese, avevano assunto un atteggiamento critico nei confronti di quel « point de jurisprudence, qui attribue à l'autorité administrative ... la connaissance de toutes contestations sur le

di un campione del giacobinismo autoritario, secondo la nota presentazione offerta appunto da Antonio Salandra all'inizio del nostro secolo⁽⁹⁾.

2. Per controbattere queste accuse (che si pongono in stridente contrasto con il sincero garantismo che permea tutto il pensiero del Nostro, e con la sua fine sensibilità giuridica) non è mancato chi ha proposto la tesi di un Romagnosi 'schizofrenico': intimamente critico, cioè, sul piano dei valori giuspolitici, nei confronti del criterio di riparto da lui stesso codificato con tanta nettezza; ma al contempo così astretto dal diritto positivo e dalla prassi giurisprudenziale da dover chinare la fronte alla realtà degli assetti storicamente consolidati. La sua opera di razionalizzatore dell'esistente, allora, verrebbe a trovarsi su un piano ben distinto dalle sue autentiche convinzioni personali⁽¹⁰⁾.

A riprova di ciò, è possibile indicare alcuni passi della *Monarchia costituzionale* — la maggiore opera giuspolitica romagnosiana in cui, come sappiamo, il nostro autore avanza il suo progetto di costituzione ideale lavorando su un terreno sgombro da qualsiasi

sens, l'effet ou l'étendue des actes administratifs » (così SIREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., p. 18). Atteggiamento che verrà precisandosi nel corso degli anni '30 e '40, quando si comincerà a sostenere, in dura polemica con le origini della dottrina, che l'*acte administratif* è nozione ben distinta dall'*acte d'administration* (così, ad es., A. CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, Paris, 1841, p. 122; « l'acte protégé par les lois sur la séparation des pouvoirs ne puise pas sa qualification dans la qualité de la personne qui le reçoit, mais dans la matière qu'il concerne »). Su questa linea si svilupperà appunto tutta la giurisprudenza ottocentesca fondata sulla distinzione tra *actes de gestion* e *actes de puissance*.

(9) Cfr. *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, cit., pp. 280-5, in cui la dottrina romagnosiana sul riparto viene fatta oggetto di una critica estremamente serrata.

(10) Così TOMMASINI, *Il concetto di giustizia amministrativa in Gian Domenico Romagnosi*, cit. Si tratta di un opuscolo complessivamente assai datato, in cui l'ancor fresco entusiasmo per la legge di Crispi istitutiva della IV Sezione induce l'Autore a reperire fantasiosamente nel pensiero romagnosiano temi e motivi che anticiperebbero un sindacato della legalità oggettiva. Ancora valide, comunque, le osservazioni di Tommasini sull'atteggiamento di adesione critica assunto da Romagnosi nei confronti del giudice amministrativo d'oltralpe.

condizionamento giuspositivo⁽¹¹⁾ — nei quali, pur senza svolgere un discorso globale sulla giustizia amministrativa e sul criterio di riparto, Romagnosi si mostra apparentemente polemico nei confronti del sistema di riparto praticato in Francia: per esempio, laddove dichiara che nel suo Stato ideale « niuna controversia circa i diritti di mio e tuo, niun contratto comunque legato ad un atto amministrativo, potrà essere sottratto alla cognizione » dei giudici ordinarii⁽¹²⁾; o anche quando sembra voler riservare all'autorità giudiziaria la competenza sulla responsabilità contrattuale dello Stato; o infine quando scrive conclusivamente che « il semplice fatto d'un amministratore che agì per propria autorità o per ordine speciale del governo non potrà giammai formare un titolo d'incompetenza per i tribunali civili a decidere una questione di mio e tuo »⁽¹³⁾.

Questa tesi, non priva di suggestione nel focalizzare quella discrasia tra la libertà del teorico del diritto e la vincolatezza dell'operatore pratico che sarà caratteristica della figura del giurista nell'età del giuspositivismo, non convince però fino in fondo. Il motivo della sua debolezza sta nel fatto che il diritto positivo del Regno, come s'è visto, ignora del tutto il criterio di riparto fondato sull'atto di amministrazione — completamente estraneo sia alla clausola del 1803 sia all'art. 29 del Terzo Statuto, mentre non pare esistere, nel nostro ordinamento, alcun *pendant* delle due leggi del 1790 e dell'anno III di cui su si è parlato —. Neppure si può dire, se sono esatte le nostre precedenti osservazioni, che l'opinione di Romagnosi possa essere stata coartata da una prassi così consolidata da 'fare diritto' e da imporsi come tale alla coscienza degli osservatori: come si sa, il Consiglio si mantiene abbastanza fedele, fin verso il 1810, alla formula del 1803 (quantomeno in linea di principio), e successivamente pare procedere un po' a tentoni — il criterio dell'atto amministrativo non è altro che uno dei vari argomenti di cui esso si serve più o meno promiscuamente per giustificare le sue decisioni —. Né, da ultimo, si può seriamente

(11) Sui caratteri formali della *Monarchia* cfr. la presentazione che se ne è già data nel nostro primo volume, cap. IV, p. 380 ss.

(12) MR, p. 680.

(13) *Ibidem*, p. 681.

pensare che il nostro autore si sia sentito condizionato dalla coeva esperienza francese, dalla quale avrebbe potuto tranquillamente dissociarsi se non ne fosse stato persuaso. Il riferimento, poi, a quei pochi passi della *Monarchia* — che comunque, come vedremo, possono essere interpretati anche diversamente da come sembra ad una prima lettura — non è pienamente probante: si tratta di un'opera nata in quel clima della Restaurazione che dettò a molti amministrativisti affermazioni plateali di dura condanna del sistema napoleonico⁽¹⁴⁾; e per giunta di un'opera eminentemente politica, destinata ad un pubblico su cui queste considerazioni ad effetto potevano avere, in quegli anni, una presa immediata.

Occorre invece accettare il dato di fatto che Romagnosi — almeno, il Romagnosi del Regno d'Italia, che è il solo qui ad interessarci — fosse realmente convinto della validità del criterio dell'atto, al pari di molti suoi 'colleghi' francesi dei primi dieci anni del secolo — da Jourdain ad Henrion de Pansey, da Merlin a Loqué —; e che anzi ci credesse tanto da proporlo con forza, attraverso una impegnativa battaglia sulle colonne del *Giornale*, ad una prassi giuridica che fino ad allora si era orientata diversamente. Il che ci obbliga evidentemente a spiegare in modo diverso le contraddizioni testuali e sostanziali precedentemente segnalate.

3. Per impostare correttamente il problema, occorre in primo luogo distinguere un aspetto formale ed uno sostanziale nella regola dell'intangibilità dell'atto.

Sotto il primo punto di vista, essa si limita a fornire all'autorità competente sul riparto uno schema logico elementare per decidere. Secondo questo schema, il giudice ordinario è competente ad applicare indistintamente tutto il diritto, pubblico o privato che sia, giacché i limiti della sua cognizione derivano soltanto dal divieto di « porter atteinte » all'attività concreta dell'Am-

(14) Celebri, per esempio, in questo senso, le pagine introduttive preposte da Cormenin alle sue *Questions de droit administratif*, in cui si presenta un quadro così fosco della giustizia amministrativa alle sue origini da lasciare nel lettore quasi la sensazione che l'autore possa simpatizzare per il giudice unico (naturalmente, invece, è tutto l'opposto).

ministrazione, e non certo dalla sua 'inaffidabilità' ad applicare un certo tipo di norme.

Come ribadisce il redattore del progetto di legge sui Consigli di Prefettura del '12 (anch'egli, come Romagnosi, grande sostenitore del criterio dell'atto), « se l'instituzione dei tribunali amministrativi altro scopo non ebbe che di sottrarre le operazioni amministrative negli oggetti pubblici alla cognizione dei tribunali ordinari, punto non collima a tale scopo l'interdire loro di portare esame sulle controversie referentesi all'intelligenza ed applicazione delle leggi e regolamenti amministrativi ed ai principj di diritto pubblico », come invece pretendeva la clausola del 1803⁽¹⁵⁾. A livello formale, quindi, il divieto di « connaître » di atti amministrativi significa solo che il limite alla competenza giudiziaria consiste unicamente nel non poter invalidare le norme secondarie che la pubblica Amministrazione ha prodotto per regolare il rapporto giuridico concreto tra sé e gli amministrati, restando il giudice, per il resto, legittimato ad applicare ogni sorta di norme generali, privatistiche o pubblicistiche che siano⁽¹⁶⁾.

Impiantato così il sistema, allora, attribuendo differenti significati sostanziali all'espressione « atto amministrativo » si possono dilatare e restringere a volontà le due aree di competenza amministrativa e giudiziaria pur restando sempre fedeli all'imperativo espresso dalla legge dell'anno III, e mantenere ferma la configurazione 'moderna' del concetto di pubblica Amministrazione, come soggetto intento a 'negoziare' con altri nell'ambito

(15) *Motivi ai singoli articoli del progetto*, p. 14. « Essendo altronde riflessibile — aggiunge il legislatore — non esservi cenno in tutto il corpo delle Leggi costituzionali e civili che possa appoggiare in qualche modo l'interdizione medesima ». L'unica possibile giustificazione della deroga del foro ordinario è ormai rappresentata, come in Francia, dalla « sauvegarde de l'acte administratif » (così H. F. KOECHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Paris, 1949, p. 60).

(16) Ed in particolar modo restando, secondo la giurisprudenza francese, pienamente capace di applicare qualunque norma generale di fonte amministrativa di non contestata validità (« l'application des règlements a été confiée aux juges, dans toute sa plénitude, en vertu d'une délégation non moins expresse et non moins étendue que celle qui en fait les interprètes du législateur »: così, per tutti, M. G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, 1844, t. I, p. 18).

dell'ordinamento normativo. La prova macroscopica di questa autonomia del significato formale della clausola rispetto alla varietà dei suoi possibili significati sostanziali è offerta da tutta la giurisprudenza francese in tema di riparto; la quale, pur trovando ancor oggi il suo fondamento nelle leggi del 1790 e dell'anno III, non ha fatto che modificare incessantemente i propri criteri materiali, spostando di continuo la linea di confine tra giustizia e amministrazione attraverso una sistematica ridefinizione della categoria 'atto amministrativo' ⁽¹⁷⁾. La distinzione diritto pubblico-diritto privato, in realtà, ha governato fin dall'inizio le scelte del giudice del riparto; solo che con essa la giurisprudenza non ha inteso riferirsi a due categorie di norme formalmente distinte, la prima delle quali 'applicabile' dall'Amministrazione e la seconda dal giudice ordinario, quanto a due tipi di *capacità giuridica* di cui il soggetto pubblica Amministrazione decide a seconda dei casi di servirsi, dando luogo, appunto, ora a rapporti di diritto comune che possono essere lasciati alla conoscenza dei tribunali, ora a rapporti pubblicistici da riservarsi al giudizio amministrativo.

Indipendentemente, allora, da ciò che Romagnosi intende sostanzialmente per «atto amministrativo» l'applicazione della nuova clausola presenta subito alcuni aspetti tali da giocare a favore del sindacato del giudice ordinario nella pratica dei conflitti di attribuzione. Per quanto apparentemente favorevoli ai tribunali ordinari, infatti, — nota ancora il legislatore del '12 — le norme del 1803 «producono anche un altro inconveniente, di rendere maggiore il numero delle cause di pubblica amministrazione quanto più estesa è la linea dei casi che possono assumere l'indole am-

(17) Cfr. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., p. 31 ss.; e ID., *Droit du contentieux administratif*, Paris, 1982, p. 701 ss. L'Autore ha dimostrato che nell'esperienza otto-novecentesca francese non vi è stata nessuna decisione del giudice dei conflitti in cui il problema della competenza giudiziaria o amministrativa sia stato risolto rinviando direttamente allo statuto giuridico (pubblicistico o privatistico) regolante il merito della causa (nonostante il contrario avviso di molti autori, neppure il celebre *arrêt Blanco* del 1873 sembra poter far testo in tal senso). Il giudice del riparto, in realtà, si è sempre mantenuto fedele al sistema inaugurato dalle leggi rivoluzionarie, rinnovandolo continuamente dall'interno col modificare la nozione sostanziale dell'atto.

ministrativa sotto il regime di un principio astratto, di quello che lo possa essere quella dei casi che vengono diretti da una regola concreta, la quale dalla qualità e circostanze di fatto intrinseche nell'affare ne determini la competenza »⁽¹⁸⁾. In virtù, cioè, dei suoi stessi caratteri formali, il criterio dell'atto si presta assai bene alla costruzione di una casistica nitida, ed al tempo stesso estremamente elastica, accettando di intersecarsi con una varietà praticamente infinita di altri criteri sostanziali.

In terzo luogo, esso si contrappone, in maniera altrettanto radicale che la clausola di riparto del 1803 alla regola codificata dall'art. 29 n. 2 del Terzo Statuto, che erige ad unico criterio di riparto quello del puro e semplice interesse demaniale alla causa. « Egli è vero — precisa il Nostro commentando l'art. 29 — che la frase generale, cioè *inerendo agli interessi immediati del demanio*, ivi inserita, non lascia travedere il punto della differenza; ma ... tutto esaminato risulta che tali interessi non istabiliscono la competenza amministrativa se non in quanto risultano da atti di pubblica amministrazione, e però non possono dar causa a conflitto di attribuzioni se non per questo titolo »⁽¹⁹⁾. Una conclusione che si allinea con le tendenze più 'liberali' della giurisprudenza del Consiglio di Stato del Regno fondata sul criterio tradizionale, nonché con gli orientamenti più generali della stessa giurisprudenza francese coeva, che vede nel concetto di atto amministrativo una pur minimale garanzia di certezza offerta al giudice ordinario contro possibili arroganze del potere politico⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ *Motivi*, cit., p. 15.

⁽¹⁹⁾ GGU, t. I, pp. 55-56. Ed ancora GGU, t. V, p. 324, ove egli rileva « essere assolutamente assurdo, ed incompetente il motivo molte volte usitato onde far valere come di competenza amministrativa un punto di questione, perché solamente dalla decisione del medesimo ne possa nascere un futuro pregiudizio d'interesse alla causa pubblica; quasi che fosse giusto l'affermare che essa come ha dei diritti non possa avere anche delle obbligazioni, e quasi che sia vietato ai tribunali il pronunciare in contraddittorio o per assolvere o per condannare, o per attribuire o per negare una ragione, allorché una delle parti sia la causa pubblica, fatta astrazione se si tratti di conoscere di un atto amministrativo o no ».

⁽²⁰⁾ Ferma è infatti l'affermazione, da parte delle supreme magistrature amministrativa e giudiziaria d'oltralpe, che un generico interesse dello Stato alla controversia non è sufficiente a derogare al foro ordinario finché

Da questi corollari della nuova clausola generale di riparto si ricava immediatamente un'applicazione assai importante, che costituisce in qualche modo il punto di partenza della giurisprudenza amministrativa francese, e che Romagnosi si affretta pertanto a recepire. Visto che la soggettività dell'Amministrazione diventa un fatto impeditivo della cognizione del giudice ordinario solo finché essa è « attiva », quando invece lo Stato non ponga in essere alcuna « attività », ma si presenti soltanto come titolare di diritti patrimoniali, la competenza giudiziaria resta assolutamente ferma. Ciò consente di codificare subito una regola fondamentale: « se fuori del caso di dover interpretare un atto amministrativo e conoscere della di lui validità si disputasse semplicemente se la *proprietà* d'un dato bene appartenga al demanio dello Stato, ovvero ad un privato, se tali *rendite* o *prestazioni* siano o no dovute alla nazione, o sia al pubblico demanio », la causa resterà senz'altro nell'ambito di competenza del giudice ordinario (21).

Sul piano giurisprudenziale tale conclusione è rilevante non solo per tutto il contenzioso di carattere tributario (che viene lasciato in linea di principio al giudice ordinario ogni volta che la contestazione non coinvolga in qualche modo gli atti impositivi compiuti dalla pubblica Amministrazione), ma soprattutto in rapporto alle controversie sui beni nazionali: a proposito delle quali l'eventualità di una deroga alla competenza giudiziaria non si potrà neppure porre finché l'Amministrazione non abbia compiuto alcun « atto » di disposizione o di destinazione nei loro confronti — il che comporta in sostanza il riassorbimento nel foro ordinario di tutto quel contenzioso percentualmente molto rilevante all'epoca che riguarda i rapporti tra lo Stato (subentrato nei diritti degli enti ecclesiastici soppressi) e tutti i terzi che su di essi vantino pretese di qualsiasi natura. I problemi cominciano

non si profili la necessità, per il giudice, di portare in qualche modo il suo sindacato su un precedente atto dell'Amministrazione (KOECHLIN, *Compétence*, cit., p. 264).

(21) GGU, t. I, p. 51; conclusione che riassume anche qui l'unanime orientamento della prima giurisprudenza (KOECHLIN, *Compétence*, cit., p. 206) e dottrina d'oltralpe (SIREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., p. 155; HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, cit., p. 203; MERLIN, *Répertoire universel*, cit., *Pouvoir judiciaire*, ad vocem, t. IX, p. 369 ss.).

a sorgere solo quando « dovessero i tribunali portare la loro ispezione sopra un atto amministrativo, e in forza del motivo della ispezione ne potesse emergere una conseguenza capace di offendere o di alterare le cose disposte dall'amministrazione » (22).

È a questo punto che la nostra ricerca, dopo aver esaurito l'esame dei profili formali della regola dell'atto, si deve spostare su quelli a carattere sostanziale, per cercare di capire che cosa intenda effettivamente Romagnosi con 'atto amministrativo', e quali siano, di conseguenza, i confini esatti tra le competenze amministrative e giudiziarie.

Prima, però, di chiudere definitivamente il paragrafo, resta da segnalare un ultimo dato di rilievo relativo agli aspetti formali della clausola: costituito dal fatto che il divieto rivolto al giudice ordinario di annullare, interpretare o controvertere il contenuto di un atto amministrativo non importa affatto il divieto di *applicarlo* come norma secondaria in quanto esso sia produttivo di effetti giuridici; ché anzi il giudice è obbligato a prestare interamente la propria autorità per la sua fedele e tempestiva applicazione, allo stesso modo in cui è obbligato a prestarla per l'attuazione di un qualunque atto negoziale di fonte privata valido e lecito. Lo scopo della clausola è infatti soltanto la salvaguardia dell'integrità formale e sostanziale dell'atto: quando non sorga alcuna contestazione attorno ad esso (ovvero quando, secondo la espressione della dottrina francese, ci si trovi di fronte ad un *acte clair*), il giudice non si può considerare chiamato a 'conoscere' nel senso della legge 16 fruttidoro, con la conseguenza che la competenza non si sposta (23).

4. Dall'ampia indeterminatezza che la figura dell'atto tende ad assumere nella primissima dottrina e giurisprudenza francese sul riparto, la storiografia ha in genere desunto che nel corso del periodo direttoriale e napoleonico al *nomen* di « acte administratif » non corrisponde alcuna tipologia sostanziale autonoma:

(22) GGU, t. I, p. 57.

(23) Per un'analisi della nascita di questo concetto nella prima giurisprudenza, cfr. ancora KOEHLIN, *Compétence*, cit., pp. 69-70; per la dottrina più antica cfr. DUFOUR, *Traité général*, cit., t. I, pp. 91-92.

qualunque atto può essere ' amministrativo ', basta che a porlo in essere sia un organo dell'Amministrazione⁽²⁴⁾. Dottori e giudici si sarebbero quindi limitati a prendere atto dei divieti contenuti nelle norme sulla separazione, assumendoli nel loro significato strettamente letterale, senza impegnarsi assolutamente in una qualsiasi opera di ricostruzione dogmatica della figura.

Questa tesi è stata sostanzialmente suggerita dalla stessa dottrina ottocentesca di poco successiva; la quale, convertitasi dalla Restaurazione in poi al nuovo credo liberale, affermerà invece che l'atto amministrativo di cui il giudice non può conoscere è solo l'atto d'imperio, l'atto cioè che lo Stato compie nell'esercizio delle sue funzioni di polizia « pour assurer l'execution des lois » che si rivolgono agli amministrati; contrapponendosi quindi agli atti con cui lo Stato « veille à la gestion de la fortune publique » e riscuote le contribuzioni a cui sono tenuti i cittadini⁽²⁵⁾. Entro

(24) Per tutti cfr. AUBY, DRAGO, *Traité*, vol. I, pp. 304-305. Tutti gli storici, comunque, tendono a circoscrivere questo significato più antico alle primissime fasi della giurisprudenza sui conflitti, ammettendo che già nel corso dell'età napoleonica cominciano ad emergere varie nozioni sostanziali: il momento di questa prima ' virata ' è individuato da qualcuno già nella fine del decennio rivoluzionario e nell'inizio dell'età consolare (CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 702 ss.), da altri nell'introduzione della normativa sui giudizi contenziosi in Consiglio di Stato (J. CHEVALLIER, *Les fondaments idéologiques du droit administratif français*, in AA.VV., *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, sous la direction de J. CHEVALLIER, Paris, 1979, vol. 2, p. 7), mentre le analisi giurisprudenziali più approfondite hanno rivelato la presenza, fin dall'inizio, di una grande varietà di nozioni sostanziali, che la giurisprudenza intreccia continuamente insieme in un gioco non sempre facilmente decrittabile (KOECHLIN, *Compétence*, cit., p. 62 ss.); constatazione, quest'ultima, da cui taluno ha tratto che la nozione stessa di atto amministrativo non avrebbe addirittura mai giocato un ruolo veramente essenziale nel giudizio sul riparto (SANDEVOIR, *Études*, pp. 319-320).

(25) Così LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., vol. I, p. 5. Com'è stato scritto assai a proposito, il trattato di Laferrière, nelle sue due fortunate edizioni del 1887 e del 1896, non costituisce altro che la sistemazione definitiva e tecnicamente più perfetta delle teorie che avevano cominciato a maturare nel clima della Restaurazione (CHEVALLIER, *Les fondaments*, cit., p. 15), tendenti a limitare l'area di competenza del giudice amministrativo (e di conseguenza quella dell'applicazione del diritto speciale) in aperta contrapposizione alla fase della

quest'ultimo ambito, « ove vige purissimo il diritto privato ed apparisce solo la persona giuridica » (che nel linguaggio di questa epoca viene correntemente contrapposta a quella « politica », irresponsabile e sovrana), lo Stato, « deposto l'abito del potere pubblico », torna a rendersi giustiziabile da parte dei tribunali ordinarii ⁽²⁶⁾, salvo le eccezioni stabilite « par des dispositions de loi générales ou spéciales », in ossequio a particolari motivi di opportunità politica ⁽²⁷⁾.

Questa impostazione — che com'è noto troverà la sua più perfetta formulazione nel manuale di Eduard Laferrière, arrivando appunto alla conclusione che il contenzioso amministrativo di piena giurisdizione è un istituto a carattere eccezionale, fondato sulla sola *voluntas legis* — sarà completamente rovesciata nell'ultimo scorcio del secolo, quando, sotto la spinta di nuove generazioni di giuristi, si affermerà la nozione di un diritto amministrativo concepito come statuto completo ed *alternativo* rispetto al diritto dei privati, capace di manifestare la sua specialità, oltre che nella tradizionale attività autoritativa di governo, anche nel regime della responsabilità, in quello dell'amministrazione dei beni pubblici, dei contratti e così via ⁽²⁸⁾. L'area della « gestion des

Rivoluzione e dell'Impero. Tale sarà l'orientamento prevalente anche in giurisprudenza fino alla fine del secolo (a dispetto dell'importanza senz'altro eccessiva che si è voluto attribuire all'*arrêt Blanco* del 1873 come momento di 'svolta' nell'evoluzione del riparto).

⁽²⁶⁾ GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, cit., t. II, p. 61. Il richiamo alla doppia personalità dello Stato — che a voler essere precisi manca in Laferrière, il quale si limita a distinguere tra atti di gestione e atti d'imperio sulla base del semplice fine, patrimoniale o di governo, perseguito dallo Stato nel caso concreto — è molto comune tra gli scrittori di fine Ottocento, soprattutto a seguito degli influssi della dottrina tedesca coeva: cfr. per tutti C. F. VON GERBER, *Sui diritti pubblici soggettivi*, trad. it. di P. LUCCHINI, Milano, 1971 (1^a ed. 1852), p. 37; H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1910⁶, p. 38 ss.; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale, et son application au droit français*, Paris, 1905, vol. I, p. 21 ss.

⁽²⁷⁾ Ancora LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., t. I, p. 8.

⁽²⁸⁾ Questa trasformazione concettuale viene espressa, nel linguaggio tradizionale della dottrina francese, parlando di un passaggio dal criterio della *puissance* a quello del *service*: mentre fino alla fine dell'Ottocento,

services publics », che Laferrière assegnava in blocco al giudice ordinario, da un lato si espande enormemente (fino ad abbracciare tutta l'amministrazione diretta dello Stato), e dall'altro si spacca nelle due emisfere della « gestion publique » e della « gestion privée », ed il confine del riparto si sposta appunto in avanti, a favore dell'autorità amministrativa, seguendo la nuova dicotomia ⁽²⁹⁾.

Questo nuovo assetto comporterà una sorta di ritorno all'antica lettura delle leggi rivoluzionarie sulla separazione dei poteri offerta dalla prima dottrina d'inizio Ottocento. Sarà proprio Hauriou a rilevare, nel 1899, che quei vecchi testi, col proibire ai tribunali di portare il loro sindacato sulle « opérations administratives », avevano voluto effettivamente abbracciare tutta l'attività speciale della pubblica Amministrazione, nella quale si compendia « tantôt un pouvoir qui s'affirme, tantôt un travail qui s'accomplit » ⁽³⁰⁾.

ricordava già Hauriou, « l'objet du droit administratif est de régler le pouvoir administratif », a partire da Léon Duguit esso si trasforma nell'« ensemble de règles relatives aux services publics », nel senso che vi è diritto amministrativo anche ove non vi è più alcuna manifestazione di imperatività (*Précis de droit administratif*, cit., p. 12). L'*arrêt Blanco*, recuperato retrospettivamente dalla dottrina come bandiera di questo nuovo orientamento, deve appunto la sua fama alla scelta di fondare su principii autonomi rispetto a quelli dell'art. 1382 e ss. del Codice la responsabilità civile dello Stato. L'analoga dilatazione che il concetto di diritto amministrativo va subendo in Germania e in Italia nel medesimo torno di anni è segnalata ora con puntuale attenzione da M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., e ID., *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, 1986, pp. 311-346.

⁽²⁹⁾ Questo, in particolare, l'enunciato famoso di M. HAURIOU, che nel suo opuscolo *La gestion administrative*, Paris, 1899, anticipava già (con vari anni di vantaggio su Duguit e Jèze) quello che sarebbe stato il nuovo criterio di riparto dei primi decenni del Novecento (cfr. J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, in *L'évolution du droit public, Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, p. 463; per un approfondimento di queste conclusioni, L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, pp. 138-141).

⁽³⁰⁾ *La gestion administrative*, cit., p. 6.

Questo notorio pendolarismo storico-dottrinale tra una nozione 'ampia' e una nozione 'stretta' di diritto amministrativo — ovvero tra una pubblica amministrazione concepita ora come *puissance*, ora come *service* —, che trova sul terreno del riparto il proprio campo privilegiato di manifestazione⁽³¹⁾, ci induce a considerare con maggior cautela il pensiero dei primi amministrativisti; i quali, nel sottoporre ad una drastica limitazione il sindacato del giudice ordinario, può darsi che abbiano seguito anch'essi una loro nozione di « diritto pubblico », diversa, certo, da quella che il liberalismo ottocentesco identificherà nel criterio della pura *puissance*, ma non per questo meno 'sostanziale' di quella.

5. Occorre anzitutto evidenziare il fatto che, sebbene Romagnosi abbia mutuato da Merlin la propria definizione di atto amministrativo, egli la 'legge' in una maniera assai più precisa e raffinata dell'autore francese, rivelando una consapevolezza della sua natura composita che all'altro sembra sfuggire.

Il Merlin del 1807 allineava infatti sotto la medesima etichetta di « acte administratif » due tipi di contenuti ben differenziati: 1) « un arrêté, une décision de l'autorité administrative », e 2) « une action, un fait d'un administrateur qui a rapport à ses fonctions ». Alla prima parte della sua definizione egli faceva corrispondere, nella casistica giurisprudenziale che segue l'enunciato, il generale divieto, per il giudice ordinario, di conoscere di ogni attività formalmente imputabile allo Stato, sia essa l'aggiudicazione all'asta di un bene nazionale, l'emanazione di un regolamento d'amministrazione pubblica o la stipula di una convenzione⁽³²⁾. Le espressioni « arrêté » e « décision » sono dunque

(31) Cfr. CHEVALLIER, *Les fondaments*, cit., che adotta questo tema come motivo centrale della sua ricostruzione di storia della dottrina; nello stesso senso EISENMANN, *Cours de droit administratifs*, cit., t. I, p. 303 ss. Nel nostro secolo, con l'adozione di uno statuto totalmente privatistico per la gestione di molti servizi pubblici e l'assunzione da parte dello Stato di imprese a carattere commerciale assisteremo ad una nuova 'contrazione' del diritto amministrativo entro gli argini della pura « puissance », aprendo così, sia a livello giurisprudenziale che dottrinale, quella « crise du critère du service public » che è ancora storia dell'oggi.

(32) Così infatti in *Répertoire universel*, cit., t. I, pp. 65-66.

usate in un senso estremamente generico, ad indicare qualsiasi manifestazione di volontà o di scienza da parte dell'Amministrazione pubblica dotata di un minimo di dignità formale — cioè, in definitiva, estrinsecabile in un documento.

È chiaro, dunque, che il divieto della legge 16 fruttidoro si trova già compiutamente espresso dalla sola prima parte della definizione. La seconda, in cui la figura dell'istituzione pubblica scompare per lasciare il posto a quella della persona fisica che agisce in suo nome, si riferisce invece ad un altro divieto legislativo, che è quello espresso dall'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII, codificante la così detta « garanzie amministrative »⁽³³⁾; l'ultima parte della definizione merliniana significa soltanto che la responsabilità civile o penale del funzionario per fatti relativi all'esercizio delle sue funzioni non potrà essere apprezzata dal giudice ordinario senza una preventiva autorizzazione amministrativa.

La lettura romagnosiana è abbastanza diversa da questa, e si fonda su uno schema non più dualistico ma tripartito. Da una parte, infatti, egli traduce la parola « arrêté » (che nel linguaggio rivoluzionario ha un valore meramente formale, costituendo essa la semplice intitolazione obbligatoria di ogni atto amministrativo ad oggetto particolare)⁽³⁴⁾ con il termine « ordina-

⁽³³⁾ « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des délits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ». Cfr., nell'ordinamento del Regno, l'equivalente art. 29, n. 3, del Terzo Statuto costituzionale.

⁽³⁴⁾ Cfr. l'istruzione in forma di legge del 20 agosto 1790, § 1: « les administrations des départements ne peuvent faire ni décrets ni ordonnances, ni réglemens: elles ne peuvent agir que par les voies, ou de simples délibérations sur les matières générales, ou d'arrêtés sur les affaires particulières » (disposizione poi confermata dalla legge 27 marzo 1791). In seguito, avendo l'art. 44 della costituzione consolare conferito al Governo la potestà regolamentare, anche i regolamenti porteranno in Francia l'intitolazione di 'arrêtés'. L'espressione « décision », invece, non formalizzata in maniera specifica dal diritto positivo, sta ad indicare, anche se in maniera piuttosto vaga, una categoria di carattere sostanziale (Henrion de Pansey considera in effetti questo lessema come un caso tipico di certe immaturità ed approssimazioni del linguaggio amministrativo del suo tempo: *De l'autorité judiciaire*, cit., p. 199 in nota). In genere, comunque, « décision » è l'atto con cui l'autorità amministrativa statuisce sulla « réclamation » di

zione », che invece rinvia subito all'idea di un comando, di un atto autoritativo; d'altro lato, nello sviluppare analiticamente la definizione, egli riferisce la regola della garanzia amministrativa all'ultimo termine soltanto dell'enunciato, cioè al « fatto di un amministratore relativo alle di lui funzioni ». In questo modo, la parola « azione » viene ad acquistare un significato autonomo: essa non è più il sinonimo, in fondo superfetaneo, del termine *fait*, ma indica in genere tutti quegli atti imputabili alla persona pubblica « che non cadono sotto la categoria delle ordinazioni e decisioni », e segnatamente « 1) i contratti, 2) alcuni atti di amministrazione economica e tutoria » (tra cui per es. l'aggiudicazione all'asta di un bene nazionale, ed il rilascio di una quietanza da parte dell'Amministrazione) ⁽³⁵⁾.

A differenza di Merlin, dunque, Romagnosi esprime con estrema chiarezza nella sua definizione la differenza tra atti autoritativi e non. Una distinzione, del resto, conosciuta perfettamente dalla stessa cultura giuridica francese coeva: la quale, se non se ne serve per separare le attribuzioni giudiziarie da quelle amministrative, la utilizza però correntemente per altri fini (ad esempio, per stabilire quali atti dell'Amministrazione debbano essere assoggettati all'imposta di bollo e di registro e quali invece ne siano esenti ai sensi di una serie di leggi del periodo rivoluzionario) ⁽³⁶⁾.

un privato (anche se l'intitolazione formale di tali pronunce resta quella di « arrêté »: così in particolare per le statuizioni del Consiglio di Stato e dei Consigli di Prefettura), accertando i diritti delle parti in modo « semblable en ce point à tous les jugements ». « Décision » si contrapporrebbe perciò, sempre secondo Henrion, al termine « ordonnance », che indica l'atto con cui l'Amministrazione « commande, dispose et ordonne ».

⁽³⁵⁾ GGU, t. I, pp. 43-44.

⁽³⁶⁾ L'esenzione — specifica la legge 19 novembre 1790, art. 13, relativa appunto all'imposta di registro — spetta solo agli atti amministrativi veri e propri, quelli cioè « faits et ordonnés par les corps administratifs, et qui tendoient directement et immédiatement à l'exercice de l'administration et de la police » (dove il vocabolo stesso 'administration' è usato nel significato 'forte' di 'attività autoritativa', secondo un'accezione del termine ancora diffusa nel corso di tutta la prima metà del secolo). Mentre viceversa tutti gli atti « qui sortent de l'ordre général administratif, tels que tous ceux où ils interviennent des tierces parties pour s'obliger, stipuler sur les intérêts particuliers, soit pour rendre compte, se faire affermer, se faire adjuger un marché » e così via, sono soggetti al bollo e al registro come normali atti

Si noti, d'altra parte, che la stessa legislazione in tema di riparto non ignora affatto il distinguo, che assume anzi, per essa, da un certo momento in poi, un'importanza fondamentale. Come ricorda lo stesso Merlin, infatti, la fattispecie del reato di *forfaiture*, originariamente introdotta dall'art. 13, tit. II della legge 16-24 agosto 1790, è stata profondamente modificata dai Codici penali successivi (quelli, cioè, dell'anno IV e del 1810, quest'ultimo recepito come diritto vigente nel Regno d'Italia)⁽³⁷⁾. Secondo le nuove norme — ed in particolare secondo l'art. 127 del cod. pen. 1810 — il giudice può essere punito per *forfaiture* non quando intralci semplicemente le « opérations administratives », ma quando abbia impedito o sospeso « le esecuzioni di ordini emanati dalla pubblica amministrazione »; il che sta a significare che il divieto di « connaître d'actes d'Administration, de quelque espèce qu'ils soient » rivolto ai tribunali dalla legge 16 fruttidoro a III non è 'coperto' affatto, in tutta la sua estensione, da una sanzione penale, anche se resta valido come principio generale dell'ordinamento secondo tutta la giurisprudenza. Il giudice non incorre in alcuna responsabilità penale immediata sottoponendo al suo sindacato un atto a contenuto non imperativo, fintanto che, almeno, il Prefetto non abbia rivendicato la competenza amministrativa sull'affare (nel qual caso egli viene punito soltanto quando abbia proceduto lo stesso ad emanare la sua sentenza « prima della decisione dell'autorità superiore », ai sensi del successivo art. 128 c.p.). Ciò significa, appunto, che tutta una larga zona di confine tra le attribuzioni delle due autorità, corrispondente all'attività tendenzialmente paritetica della pubblica Amministrazione, non è collocata sotto l'ombrello immediato delle sanzioni penali relative alla separazione dei poteri, le quali sarebbero risultate del tutto sproporzionate all'entità dell'eventuale infrazione, e soprattutto inadatte a garantire una linea di discriminare per forza di cose assai incerta ed opinabile⁽³⁸⁾.

privati (così il già citato *Dictionnaire de matières de législation* di C.P.D., t. I, p. 79).

⁽³⁷⁾ *Répertoire universel*, t. V, p. 273 ss.

⁽³⁸⁾ Tutto questo, beninteso, in un'interpretazione del sistema legale di riparto conforme allo spirito delle istituzioni francesi, e definitivamente

6. Da queste ultime considerazioni, risulta evidente come il sistema riconoscesse in pieno al giudice richiesto di sindacare un « acte d'Administration » in senso soggettivo la capacità di valutare autonomamente se esso ricadesse o meno nella previsione del divieto posto dalla legge 16 fruttidoro, pur lasciando all'Amministrazione lo strumento per far valere una diversa interpretazione della regola. È chiaro, infatti, che un'applicazione del tutto meccanica del criterio di riparto, in cui alla parola « atto » si fosse dato un significato assoluto ed indiscriminato, avrebbe subito condotto a conseguenze praticamente assurde: il giudice, per esempio, non avrebbe potuto mai rilevare la nullità di atti processuali compiuti dalla pubblica Amministrazione attrice o convenuta in giudizio, mentre sarebbe risultata sufficiente la sua più irrilevante attività materiale per creare immediatamente zone di immunità giurisdizionale a suo favore.

Già la prima dottrina scopre subito, dunque, come il concetto di atto amministrativo non possa coincidere con qualunque comportamento dello Stato, e come sia insopprimibile un certo margine di libero apprezzamento da parte del giudice, se non altro per stabilire se abbia a che fare con un atto veramente imputabile alla pubblica Amministrazione. « Nemmeno il volgo — nota a questo proposito Romagnosi — potrebbe confondere gli atti di domestica economia, la costituzione dei debiti e dei crediti privati, e le ordinazioni estranee all'ufficio con gli atti d'ufficio »⁽³⁹⁾.

Questo primo, ed evidentemente insopprimibile margine di apprezzamento, dischiude lo spiraglio attraverso il quale si fa strada la ricerca romagnosiana di una nozione sostanziale teoricamente appagante: opera di cui restano a testimoni i nove tomi del *Giornale*, percorsi dal primo all'ultimo da un'identica volontà di pervenire alla definizione di un criterio di riparto solidamente fondato.

Che il nostro autore non si appaghi affatto di una nozione puramente formale è comprovato dal suo giudizio sulla prima decisione, tra quelle da lui pubblicate, in cui il Consiglio di Stato utilizza il concetto di atto d'amministrazione per negare la competenza

affrancata dalle distorsioni e dalle timidezze del giudice nostrano, descritte già nel capitolo precedente.

(39) GGU, t. II, p. 352.

del giudice ordinario: « il vocabolo di amministrazione o di atto amministrativo — rileva infatti — racchiude tante varietà di senso che per se stesso non presenta quasi mai un segno distintivo onde ben ragionare in materia di competenza »⁽⁴⁰⁾. Occorre perciò precisarne la natura sostanziale attraverso un'attenta indagine.

A questo punto, tuttavia, il lettore del *Giornale* si trova di fronte, con un certo imbarazzo, a due serie di indici apparentemente contrastanti. Da un lato, infatti, in certi passi, Romagnosi sembra voler 'tagliare' la nozione formale fin quasi a ridurla entro gli argini che essa occuperà nella dottrina ottocentesca matura; appena voltata pagina, però, essa ci balza incontro di nuovo intatta, in tutta la sua primitiva estensione, mentre l'autore non sembra affatto preoccupato dall'esistenza di possibili incongruenze logiche nell'esposizione del suo pensiero. Sempre in calce alla sentenza succitata, per esempio, egli annota con laconica disinvoltura: « al proposito di questa decisione è bello il vedere la distinzione che si fa fra l'atto amministrativo considerato come *ordinazione*, come atto *imperativo*, come atto giurisdizionale, dall'atto amministrativo considerato come mera funzione esecutiva o di pura agenzia ». Il linguaggio di questo brano pare sorprendentemente prefigurare l'adesione ad un criterio 'alla Laferrière', limitando la competenza amministrativa alle sole « ordinazioni e decisioni », e lasciando invece tutta l'attività di ordine gestionale al giudice ordinario. Ed ulteriori conferme di questa possibile linea di lettura si possono reperire proseguendo lo spoglio del *Giornale*, fino alla scoperta di come Romagnosi introduca una profonda discrasia tra gli « atti di gestione » e gli « atti di autorità amministrativa »: « molti atti di semplice economia patrimoniale eseguir si debbono da uno o più amministratori, ma non per questo tali atti sono di autorità amministrativa ad effetto di escludere i tribunali dal conoscere le questioni di mio e di tuo, che insorger possono tra l'amministrazione ed un privato »⁽⁴¹⁾.

Per apprezzare nel suo esatto significato il senso di questo brano, che a un primo sguardo sembra completamente dissonante rispetto alle premesse già esposte del pensiero romagnosiano non

(40) GGU, t. II, p. 135, in calce a C.d.S., *Arlotti v. Magri e consorti*.

(41) GGU, t. II, p. 357.

meno che all'*opinio communis* della dottrina francese coeva, bisogna ricordare che l'unico, tra i giuristi contemporanei d'oltralpe, ad aver anticipato in qualche modo una distinzione del genere in rapporto ai problemi del riparto, è stato Merlin, con una tesi giudicata d'avanguardia per quei tempi, esposta in una celebre conclusione davanti alla Cassazione civile nel 1804 (nella quale pure, si badi, non compare ancora l'espressione « acte de gestion ») ⁽⁴²⁾. È proprio questa probabile parentela con la dottrina di Merlin che ci rende accorti di come il concetto romagnosiano di « atto di gestione » non ha niente a che vedere con la nozione omonima fatta propria dalla giurisprudenza francese ed italiana della seconda metà del secolo (anche se con opposte valenze di politica del diritto nei due Paesi) ⁽⁴³⁾. Com'è noto, infatti, la dottrina successiva intenderà per atti di gestione quelli in cui « les facultés que l'administration exerce ... n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties » ⁽⁴⁴⁾: in ultima analisi, cioè, quelli di diritto privato. Adottando una nozione di questo genere come criterio di riparto i soli atti soggettivamente amministrativi di cui il giudice non può conoscere si riducono allora agli « actes de puissance publique » veri e propri, cioè agli *arrêtés* ed

⁽⁴²⁾ Cassazione civile 15 pratile a. XII (leggila in PH. A. MERLIN, *Questions de droit*, Bruxelles, 1829⁴, *Pouvoir judiciaire, ad vocem*, t. XI, p. 351).

⁽⁴³⁾ Com'è noto, infatti, la teoria degli *actes de gestion* servirà in Francia per ridimensionare l'espropriazione di competenza subita dal giudice ordinario nel corso della Rivoluzione; mentre nel sistema a giurisdizione unica nostrano inaugurato nel 1865, il dualismo atti di gestione-atti d'imperio avrà soprattutto lo scopo di devitalizzare l'originale criterio d'attribuzione del « diritto civile e politico » proposto dal legislatore postunitario, sostituendovi un assetto assai più favorevole alla competenza amministrativa (non a caso i paladini di questa teoria saranno appunto i giuristi più sensibili alle esigenze di autonomia della pubblica Amministrazione — cfr. per tutti G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1882, vol. III, p. 186 ss. —, mentre essa sarà avversata dai liberali 'puri', come Lorenzo Meucci: sul tema B. SORDI, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII (1984), p. 725 ss.).

⁽⁴⁴⁾ E. LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., vol. I, p. 485.

alle *décisions*, nella terminologia della definizione di Merlin; e che questa non sia assolutamente la dottrina né di Romagnosi né di Merlin stesso è reso manifesto non solo dalla loro comune definizione 'lata' di atto amministrativo, ma anche dal fatto che entrambe comprendono espressamente in questa categoria *qualsiasi contratto stipulato dall'Amministrazione statale, escludendo in maniera radicale che il giudice possa apprezzarne la validità o interpretarne le clause* (45). Nella sua stessa conclusione del 1804, introducendo più o meno implicitamente nella storia della giurisprudenza amministrativa la categoria degli *actes de gestion*, Merlin non si era voluto riferire a nessun atto dell'amministrazione statale, ma semplicemente ad un contratto di locazione stipulato da un Comune nell'espletamento delle sue *fonctions propres*: l'atto in questione poteva essere lasciato alla cognizione del giudice ordinario non in quanto intrinsecamente privo di ogni connotazione autoritativa — ché ciò non sarebbe bastato, se il suo autore fosse stato un funzionario dipendente dal potere esecutivo —, ma in quanto risultava imputato ad una persona giuridica di mero diritto privato e spoglia di una vocazione propriamente politica, secondo una diffusa opinione dell'epoca (46).

(45) Tale conclusione, che Merlin invero non perviene ad enunciare espressamente in termini generali — anche se la si evince con tutta evidenza dalla ricca casistica che egli riferisce e commenta nel suo *Répertoire* sotto le voci *Acte administratif, Adjudication, Bail, Pouvoir judiciaire* —, si trova invece esplicitata con grande chiarezza in Romagnosi (GGU, t. I, p. 42), che considera appunto i contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni come la « prima classe » degli atti soggettivamente amministrativi di cui il giudice non può conoscere, diversi dalle « ordinazioni » e « decisioni ».

(46) « Cette concession est un acte administratif? » — si chiedeva Merlin con enfasi avvocatessa: — « Ce sont donc aussi des actes administratifs que les baux par lesquels les conseils municipaux afferment les biens de leurs communes? Ce sont donc aussi des actes administratifs que les transactions par lesquelles les conseils municipaux, après s'y être fait autoriser par l'administration supérieure, terminent les procès qui intéressent leurs communes? Ce sont donc aussi des actes administratifs que les contrats quelconques dans lesquels les conseils municipaux traitent et stipulent au nom de leurs communes? Et si ces baux, ces transactions, ces contrats, donnent lieu à des contestations, le pouvoir judiciaire ne pourra donc pas en connaître? Ces sont là, il faut en convenir, des idées nouvelles, parlons plus juste, des idées bizarres, qui répugnent à toutes les notions reçues,

Esiste dunque uno scarto semantico tra l'« atto di gestione » di Romagnosi e quello della futura dottrina ottocentesca. Prova ne sia che la stessa decisione del Consiglio nostrano a cui Romagnosi attribuisce il merito di aver distinto correttamente tra « atti imperativi » e di « pura agenzia » si era limitata ad includere in quest'ultima categoria una semplice certificazione rilasciata dalla pubblica Amministrazione, stabilendo che essa non potesse avere la forza di escludere il sindacato dell'autorità giudiziaria quando questa fosse chiamata ad accertare nuovamente il fatto già dichiarato dall'Amministrazione (secondo quello che alcuni anni prima aveva deciso la Cassazione francese, ancora su conclusioni di Merlin) ⁽⁴⁷⁾.

Il vero discrimine tra atti di gestione e atti di 'autorità', quindi, che pure Romagnosi non chiarisce esplicitamente in alcun luogo sul piano teorico, è reso manifesto dalle sue esemplificazioni, a cui occorre rifarsi per evincere l'esatta nozione che ci interessa. Appartengono alla prima specie comportamenti come « una resa di conto, in cui o da una parte o dall'altra insorga questione del rispettivo dare ed aver in affari puramente privati » ⁽⁴⁸⁾, oppure

qui revoltent le bon sens » (*Questions de droit*, t. XI, p. 351). Questa tesi della natura privatistica dei Comuni, che con tanta forza ed immediatezza balza fuori dalla pagina di Merlin — e che troverà più tardi nell'Henriot de Pansey del *Du pouvoir municipal et des biens communaux*, Paris, 1822, il suo teorico di maggior prestigio — non è affatto recepita unanimemente dalla dottrina di questo periodo (cfr. ad es. JOURDAIN, *Code de compétence*, cit., t. I, p. 271 ss., il quale include senza incertezze tutti gli atti comunali nella categoria degli « actes d'Administration » di cui il giudice non può conoscere); mentre la giurisprudenza è ancora estremamente incerta, e sembra comunque più orientata a decidere della competenza sulla base della forma estrinseca del contratto stipulato dal Comune, assegnando la controversia correlativa all'autorità amministrativa ogni volta che esso si sia perfezionato nelle forme pubblicistiche della aggiudicazione (KOECHLIN, *Compétence administrative*, cit., p. 123 ss.).

⁽⁴⁷⁾ *Questions de droit, Biens nationaux, ad vocem*, t. II, p. 42, 16 piovoso a. XI, *Leboucq v. Monville*: un certificato, aveva già rilevato Merlin, non è considerabile come « un des ces actes auxquels il est défendu au pouvoir judiciaire de contrevenir. Autre chose est, de la partie d'une administration, de faire et d'ordonner ce qui est dans ses attributions; autre chose est d'intervenir comme témoin, pour attester ce qu'elle a entendu faire et ordonner ».

⁽⁴⁸⁾ GGU, t. II, p. 358.

ancora « una questione di confini » tra lo Stato ed il privato⁽⁴⁹⁾. Atti di gestione, allora, sono semplicemente quelli *che non contengono una qualunque dichiarazione di volontà libera da parte dell'Amministrazione*: in primo luogo tutte le semplici dichiarazioni di scienza, dai processi verbali interni a tutta quanta l'attività volta a conferire certezza giuridica ai rapporti interprivati⁽⁵⁰⁾; secondariamente tutti gli atti esecutivi di deliberati precedentemente assunti o di obblighi precisi a carattere legale o contrattuale in cui non si può riscontrare alcuna libertà da parte del funzionario⁽⁵¹⁾; in terzo luogo tutti gli atti che pur essendo imputabili soggettivamente a quello che oggi diremmo un organo amministrativo, risultano però compiuti per il servizio di una diversa autorità (così le operazioni di polizia giudiziaria)⁽⁵²⁾; infine l'attività processuale dell'Amministrazione costituita in giudizio, in quanto diretta a farsi riconoscere determinati diritti, e non a disporne⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ Tutta l'attività « notificativa » dello Stato, come si ricorderà, è definita dal nostro autore « di ordine pubblico », e non « di pubblico diritto », proprio in quanto non si risolve in una manifestazione di volontà del soggetto pubblico attraverso la quale questi persegue un interesse proprio, e che conseguentemente è sottratta al sindacato giurisdizionale ordinario.

⁽⁵¹⁾ Lasciando cioè al giudice ordinario ogni controversia sull'adempimento dei contratti con l'Amministrazione, nonché tutte le questioni relative alla risoluzione del rapporto, mentre le azioni in annullamento e quelle che implicano un'interpretazione dell'atto restano avocate all'autorità amministrativa (GGU, t. I, pp. 41-42). L'importanza di questa dottrina, sul piano giurisprudenziale, è immediatamente evidente quando si ricordi che nel Regno mancava una norma corrispondente all'art. 14 del decreto francese 11 giugno 1806, il quale attribuiva in blocco alla giurisdizione del Consiglio di Stato tutte le controversie sorte da contratti di fornitura stipulati dai Ministri e dall'Intendente della Real Casa — cioè, in definitiva, il grosso dell'attività contrattuale dello Stato non già compresa nell'attribuzione legale, a favore del Consigli di Prefettura, del contenzioso relativo agli appalti di lavori pubblici (legge 28 piovoso a. VIII, art. 4) —. In mancanza di una norma siffatta, soltanto un criterio generale di riparto decisamente favorevole all'autorità amministrativa avrebbe potuto evitare il rischio di un *deplacement* della contrattualità amministrativa nell'area di competenza del giudice ordinario.

⁽⁵²⁾ GGU, t. II, p. 353.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*.

L'atto ' di gestione ', dunque, non coincide per nulla con l'atto negoziale di diritto privato compiuto dall'Amministrazione, ma occupa una zona molto più circoscritta, che lascia al sindacato del giudice ordinario quelle sole attività non concretatesi in una specifica manifestazione di volontà *soggettivamente pubblica*, anche se resa per gli effetti e nelle forme del diritto privato.

Tale conclusione può sembrare inconferente rispetto al linguaggio usato da Romagnosi, giacché il nostro autore verrebbe ad includere nell'ambito degli atti « di autorità amministrativa » una serie di comportamenti non implicanti necessariamente l'esercizio di un potere legale di comando. Può darsi, tuttavia, che con quella espressione egli intendesse riferirsi, assai più genericamente, a tutti gli atti posti in essere dall'Amministrazione per ottemperare ai propri compiti istituzionali, secondo un'ambiguità terminologica riscontrabile anche in altri autori dell'epoca. Se porgiamo orecchio, per esempio, alla dottrina del riparto professata da Henrion de Pansey, apprendiamo che egli fa corrispondere il discrimine tra competenza amministrativa e giudiziaria a quello tra gli atti « qui exigent la connaissance et l'autorité, c'est à dire qui supposent une délibération préalable; et ceux dans lesquels l'agent de l'administration est purement passif, et n'exerce qu'un ministère forcé »⁽⁵⁴⁾. Il rovescio dell'atto ' autoritativo ', anche secondo Henrion, non è costituito affatto, tipicamente, dalla stipula di un contratto, ma dall'adempimento materiale di un obbligo imposto dalla legge o da una convenzione precedentemente sottoscritta, o ancora da una semplice dichiarazione di scienza; mentre è perfettamente naturale che « tous ceux qui ont traité avec le Gouvernement » si portino davanti alla sola autorità amministrativa quando sorgano controversie sulla validità o sull'interpretazione del contratto⁽⁵⁵⁾.

Sembra, dunque, che nella coscienza di questa prima dottrina la volontà dello Stato rechi in sé, sempre e comunque, una almeno potenziale coloritura autoritativa; tale che, anche quando l'Amministrazione accetta in linea di principio di utilizzare gli strumenti di diritto comune, essa conservi la capacità di correggere unilateralmente in ogni momento lo statuto privatistico, sì da dar luogo

⁽⁵⁴⁾ *De l'autorité judiciaire*, cit., p. 198.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 203.

ad un'area di rapporti ad 'equilibrio instabile' tra pubblico e privato.

Occorre del resto segnalare che la competenza del giudice ordinario subisce fin dall'inizio, nell'esperienza francese, un'ulteriore limitazione ad opera di una *seconda* clausola, quella dell'*Etat débiteur* a cui si è più volte accennato; la quale, pur avendo suscitato un minor interesse sul piano dell'elaborazione dottrinale, giocò un ruolo decisivo nell'economia del riparto. Il suo contenuto, come sappiamo, consiste nel vietare al giudice di far valere in ogni caso con una sentenza di condanna la responsabilità pecuniaria dell'Amministrazione (sia nell'ambito contrattuale che aquiliano); col risultato che anche entro l'area di competenza materiale riservata all'autorità giudiziaria, secondo i principii già esaminati, risultano esperibili contro lo Stato soltanto azioni di accertamento della responsabilità⁽⁵⁶⁾. Questa regola non viene mai fatta oggetto da parte di Romagnosi di una disamina concettuale precisa, ma presentata in genere come un dato ormai pacificamente acquisito del panorama giurisprudenziale dell'epoca. In genere, si ha la sensazione che il nostro autore la consideri come un corollario immediato e naturale del principio dell'intangibilità dell'atto, anche se la condanna dello Stato a risarcire un danno non significa, di per sé, annullare o interferire con gli effetti dell'atto da cui essa è derivata. Tuttavia, ciò implica sempre un giudizio sulla legalità del comportamento amministrativo, che probabilmente la dottrina dell'epoca non riusciva ancora a distinguere bene da un diretto attentato contro di esso — prova ne sia che la norma dell'intangibilità dell'atto e quella dell'*Etat-débiteur* possono in effetti vantare una origine in parte comune in quell'*arrêté 2 germinal* a. V che Romagnosi ha continuamente presente nelle sue pagine sul riparto, at-

(56) Per un'analisi della giurisprudenza in materia cfr. ampiamente CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., p. 49 ss.; H.F. KOEHLIN, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873*, Paris, 1957, p. 119 ss.. Fino agli anni '30 del secolo la clausola dell'*Etat-débiteur* fu utilizzata in pratica solo per escludere il sindacato dell'autorità giudiziaria in tema di responsabilità contrattuale, giacché il problema stesso di una responsabilità per fatto illecito dello Stato non si era ancora posto, prima di quell'epoca, in termini generali.

traverso la mediazione di Merlin⁽⁵⁷⁾. Le conseguenze di questa particolare 'lettura' del divieto di *connaitre* atti amministrativi acquistano un'importanza enorme per definire il tipo di sindacato del condendo giudice amministrativo: il quale si troverà così investito degli stessi poteri di cognizione e di condanna spettanti al giudice ordinario in ordine alla responsabilità dei privati.

7. Per quanto assai esplicito nelle sue valenze filo-stataliste, il criterio di riparto adottato da questa prima dottrina non ubbidisce soltanto alle pressioni del potere politico, né tantomeno ad una nuda *voluntas legis* ipoteticamente espressa nei testi rivoluzionari, ma risponde, a suo modo, ad una dogmatica della funzione pubblica profondamente radicata nella mentalità dei giuristi del tempo.

Al posto della logica dualistica che prevarrà nel corso dell'Ottocento, basata sulla contrapposizione tra attività di diritto privato ed attività di diritto pubblico, il pensiero giuridico d'inizio secolo si ispira invece ad una partizione ternaria. Senza dimenticare il tradizionale dualismo fisco-Stato, esso inserisce tra le due aree di attività corrispondenti una terza categoria di comportamenti, in cui il soggetto pubblico non si presenta più come semplice gestore del proprio patrimonio privato, né come autorità intenta a disciplinare i rapporti sociali, bensì come erogatore di servizi, come contraente che negozia per realizzare operazioni di pubblico interesse. L'area intermedia a diritto 'misto' è appunto quella 'coperta' dal sindacato del giudice amministrativo, mentre l'autorità giudiziaria conserva la competenza delle liti relative a rapporti meramente 'fiscali' e l'amministrazione attiva quella sugli atti univocamente imperativi.

Esattamente questo è il senso della dottrina del giurista d'inizio d'Ottocento che, assieme a Merlin, ha avuto la maggiore influenza sul pensiero amministrativo romagnosiano, come del resto sulle opinioni dottrinarie dell'estensore del progetto di legge sui

(57) La condanna dell'Amministrazione a pagare — rileva infatti il nostro autore (qui in margine a C.d.S. 29 aprile 1807, *Chiapponi v. Economato beni nazionali*, cit., in GGU, t. I, p. 183) — implica sempre il « sovertimento » della precedente determinazione amministrativa con cui si è già rifiutato al privato il pagamento da lui richiesto.

Consigli di Prefettura del '12: intendiamo riferirci a Jean Guillaume Locré, segretario generale del Consiglio di Stato dell'Impero ed autore di una non trascurabile monografia sulle sue funzioni ⁽⁵⁸⁾.

In Locré — la cui dottrina viene abbondantemente richiamata nei « Motivi » che accompagnano il disegno legislativo del '12 — troviamo in effetti esplicitato lucidamente l'assetto tripartito di cui sopra si diceva. Lo Stato, rileva questo Autore, può presentarsi al cittadino secondo tre profili diversi, il primo dei quali è quello dell'*Etat-souverain*: « l'état agit comme souverain et par voie de puissance toutes les fois qu'il exige des individus l'accomplissement des obligations que la loi attache à la qualité de citoyen ... Quand l'état agit par voie de puissance il n'y a pas à contester; il faut obéir à la souveraineté ». Subito oltre questa prima zona riservata, da cui resta escluso ogni sindacato, si apre un vasto territorio, in cui « les sociétés et les corps politiques ne sont considérés que comme des personnes morales pour les propriétés mobilières ou immobilières qu'ils possèdent, ainsi que pour les engagements et les contracts qui s'y rapportent » ⁽⁵⁹⁾. È l'area dei rapporti tendenzialmente paritetici, che viene divisa tra giudice ordinario ed autorità amministrativa sulla base dell'« origine de l'intérêt en litige »: quando « l'obligation ou le droit quelconque sur lequel il y a litige naît de l'administration privée du patrimoine de l'état, l'affaire est de la juridiction des tribunaux ordinaires... Au contraire, lorsque l'obligation ou le droit quelconque a sa source dans l'administration publique, l'affaire me paraît appartenir à la juridiction administrative » ⁽⁶⁰⁾. Nell'uno e nell'altro caso — precisa il Nostro sviluppando il medesimo ordine di concetti — il privato non si presenta più « come suddito ossequioso, e quindi obbligato ad una passiva ubbidienza », perché trae dalla legge civile un complesso di diritti che l'Amministrazione è tenuta a rispettare

⁽⁵⁸⁾ Il celebre autore de *L'esprit du Code Napoléon* ci ha lasciato in effetti un piccolo, prezioso saggio dal titolo *Du Conseil d'Etat*, pubblicato nel 1807 come primo volume di un progettata opera a carattere enciclopedico (*Législation et jurisprudence française, ou Répertoire général des lois, des réglemens et décrets impériaux*), che non ebbe poi, però, alcun seguito ulteriore.

⁽⁵⁹⁾ *Législation et jurisprudence française*, cit., pp. 186-187.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 190.

proprio in quanto non si presenta armata di strumenti autoritativi, riconoscendo quindi nel cittadino un « giusto ed autorevole contraddittore »⁽⁶¹⁾. Quando invece la controversia non sorge tra il cittadino e l'*Etat-propritaire* (come scriveva nel medesimo torno di anni Henrion de Pansey), bensì tra il primo e l'*Etat-gouvernement*, l'*Etat-administration publique*, allora la causa viene attratta nell'orbita del potere amministrativo, benché sotto il profilo sostanziale essa sia analoga ad una qualunque controversia a carattere civilistico⁽⁶²⁾.

Questi passi ci conducono già, evidentemente, nel cuore stesso del problema della giustizia amministrativa, a cui è però specificamente dedicato il prossimo capitolo. Leggendovi qui soltanto ciò che essi ci dicono di nuovo sul problema del riparto, la loro importanza sembra che stia nell'esplicitare un'idea già latentemente presente in tutti i primi amministrativisti, e che Romagnosi, in particolare, ha già consegnato alla sua definizione di pubblica amministrazione: quella, cioè, che l'attività dello Stato è « amministrativa », e perciò abilitata a godere di un foro privilegiato, solo in quanto è orientata alla cura della « cosa pubblica » — concetto, quest'ultimo, avverte il nostro autore, che « si forma astraendo l'interesse comune a tutto il corpo da quello che dicesi privato »⁽⁶³⁾ —.

Aderendo a questa nozione teleologica di « pubblico », costruita rinviando semplicemente al maggior raggio possibile di interessi sociali, Romagnosi si colloca lungo una linea dottrinale di tradizione antichissima, risalente a quei giuristi medievali che, da Azzone in poi, si opposero al criterio definitorio a carattere mate-

(61) GGU, t. V, p. 311. Romagnosi si richiama espressamente alla dottrina della competenza formulata da Loqué fin dal primo numero del Giornale (t. I, p. 83, nota a), traducendo in modo letterale la clausola generale di attribuzione a favore del giudice amministrativo enunciata dall'autore francese (cfr. sul punto il cap. successivo).

(62) Cfr. *De l'autorité judiciaire*, cit., p. 203: « le gouvernement n'est juge des difficultés qui peuvent s'élever sur l'interprétation ou l'exécution des ses actes, que lorsqu'il agit comme gouvernement, et dans l'intérêt général de la société », cioè soltanto, appunto, quando esso pone in essere una certa attività giuridica « non comme propriétaire, mais comme gouvernement ».

(63) Così nella definizione di pubblica amministrazione (PFDA, p. 2).

riale suggerito dal celebre frammento di Ulpiano (« publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit ») (64). Il Nostro, che ritiene questo secondo criterio privo di qualsiasi validità scientifica, abbraccia invece con convinzione il primo, che consente di distinguere a colpo d'occhio tra un'*utilitas* generale, immediatamente comune a tutti i membri della collettività, ed una *utilitas* limitata invece all'interesse individuale della sola persona-Stato: solo nel primo caso avremo un'amministrazione 'pubblica', meritevole di godere di un foro speciale, mentre nel secondo verseremo nell'ambito dell'amministrazione privata dello Stato-fisco, che non vi è motivo di sottrarre al sindacato giudiziario ordinario.

Questo distinguo fondato sulla diversa estensione dell'interesse curato, già criticato dalla Glossa Magna per la sua scarsa precisione (65), andrà perdendo, soprattutto a partire dalla fine dello scorso secolo, la sua capacità di connotare efficacemente l'attività amministrativa dello Stato, parallelamente al progressivo estendersi dei suoi compiti: fino ad indicare oggi, nel nostro linguaggio corrente, ogni attività di cui la persona pubblica si faccia carico (66).

All'epoca di cui discutiamo, invece, l'attributo possedeva ancora una forte e precisa carica semantica: tanto che Charles Bonnin, ad esempio, poteva costruirvi sopra addirittura una partizione organica, contrapponendo le « administrations publiques », il cui scopo istituzionale è l'immediata realizzazione dell'interesse collettivo, a quelle « administrations spéciales » che tendono semplicemente a provvedere lo Stato dei mezzi finanziari che gli occorrono. Il termine stesso di Amministrazione « pubblica », quindi, usato assolutamente, non copre tutta quanta la struttura burocratica dipendente dal potere esecutivo, ma si limita a comprendere quei soli settori dell'organizzazione governativa che rivolgono la loro atti-

(64) D. 1, 1, 1, 2: il dibattito nell'ambito della dottrina medievale sulla nozione di 'publicum' è ricostruito in CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction entre « jus privatum » et « jus publicum »*, cit., p. 30 ss..

(65) È appunto di Accursio l'osservazione che « quod est publicum principaliter, secundario pertinet ad utilitatem singulorum » (Gl. *ad singulorum*, D. 1, 1, 1, 2), sì che la distinzione è congenitamente ambigua.

(66) Sul punto cfr. per tutti GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 47.

vità verso la società, « par rapports aux administrés », lasciando fuori tutti gli uffici di carattere meramente ' fiscale ' (67).

Antichissimo nelle sue origini, dunque, questo concetto finalistico della pubblicità assume adesso un nuovo significato in quanto non serve più ad indicare un particolare tipo di diritto, posto dal principe nell'interesse comune di tutti i consociati, ma l'attività concreta di un soggetto agente nell'ambito dell'ordinamento. Poco importa che la finalità pubblica venga realizzata dall'Amministrazione attraverso uno statuto autoritativo o tendenzialmente paritetico: in ogni caso, giudicare, in sede contenziosa, di questa attività amministrativa implica per forza di cose di rimettere in discussione gli interessi non tanto dello Stato-persona, ma di tutta quanta la collettività. Un'operazione che soltanto un organo appartenente allo stesso potere amministrativo pare legittimato a compiere.

8. Certo. Non a torto è stato osservato che questa intelaiatura teorica generale non corrisponde esattamente alle scelte concrete compiute dal giudice del riparto francese all'inizio del secolo (tanto da far sorgere il dubbio che la contrapposizione tra *Etat-proprétaire* e *Etat-gouvernement* potesse avere in realtà un significato diverso da quello apparentemente dichiarato) (68).

Per assicurarle una puntuale verifica in sede giurisprudenziale, infatti, sarebbe stato necessario che ogni atto pur soggettivamente amministrativo avente ad oggetto beni compresi nel *domaine privé* venisse assegnato sistematicamente alla competenza del giudice ordinario, salvo eventuali deroghe legislative. E così, in effetti, sembrava promettere la dottrina coeva, assicurando che « généralement, toutes les questions de propriété, même lorsque l'Etat y est intéressé, sont du ressort des tribunaux » (69). Il che, però, non corrispondeva alla effettività della prima giurisprudenza sui conflitti, giacché tutte le controversie sorte sulla vendita di beni na-

(67) *Principes*, cit., pp. 25-26.

(68) KOEHLIN, *Compétence*, cit., p. 298, a proposito della definizione del criterio di riparto in Henrion de Pansey.

(69) Così MACAREL, *Eléments de jurisprudence administrative*, cit., t. I, p. 9, codificando una massima assai diffusa nella giurisprudenza dell'epoca, come già sappiamo.

zionali o sui contratti costitutivi di diritti reali o personali sugli stessi venivano ancora riservate all'autorità amministrativa. Le « questions de propriété » lasciate al giudice ordinario erano solo le azioni di rivendica ed in genere quelle a tutela della proprietà o dirette comunque ad ottenere il riconoscimento di un diritto non fondato su un atto controverso di fonte amministrativa: esse sembrano insomma corrispondere semplicemente al ' rovescio ' negativo del concetto di atto in senso organico e formale ⁽⁷⁰⁾.

Da ciò, la storiografia prevalente ha anzi ricavato che la cultura giuridica d'inizio secolo ignora ancora il distinguo stesso tra *domaine public* e *domaine privé*, che risulta evidentemente indispensabile per dare un contenuto al dualismo *Etat-gouvernement Etat-propriétaire*. Tale distinzione — sconosciuta al diritto dell'antica monarchia francese, che raggruppava tutti i beni e diritti d'appartenenza statale nella categoria onnicomprensiva del *domaine de la couronne* ⁽⁷¹⁾, ignorata ancora dalla legislazione rivoluzionaria ⁽⁷²⁾,

⁽⁷⁰⁾ Una certa insoddisfazione per la formula delle « questions de propriété », in ragione delle sue obbiettive ambiguità, era già manifestata dalla più attenta dottrina coeva. Scriveva per esempio Sirey nel 1818: « on a essayé de marquer les limites respectives des deux autorités, en disant que l'autorité judiciaire connaît de toutes les questions de propriété privée, et que l'autorité administrative connaît de tous ce qui est ordre public », ma la regola è vera solo limitatamente, perché « la propriété privée se peut trouver en rapport avec la puissance publique, et devenir matière d'administration », dove l'espressione « puissance publique » sta qui a connotare anche comportamenti come la vendita dei beni nazionali o la liquidazione dei debiti dello Stato: *Du Conseil d'Etat*, p. 154.

⁽⁷¹⁾ Con la conseguenza che il vincolo pubblicistico dell'inalienabilità — caratteristica essenziale e precipua, a partire dal XVI secolo, di tutto ciò che fosse formalmente compreso appunto nel *domaine de la couronne* — veniva a affettare indifferentemente sia quei beni destinati immediatamente all'uso della collettività e al pubblico servizio, sia tutti quei *domaines, corporels* e *incorporels*, variamente finalizzati alla produzione di un reddito. Regola, questa, che a suo tempo aveva rappresentato una grande conquista della dottrina giuridica, giustamente preoccupata di tutelare l'integrità del patrimonio dello Stato dalla rapacità dei nobili e dalle disavvedutezze del monarca.

⁽⁷²⁾ La legge demaniale rivoluzionaria 22 novembre - 1 dicembre 1790, infatti, continuava a raggruppare ancora sotto un identico *nomen juris* (*domaine de la nation*, in sostituzione dell'antico *domaine de la couronne*) tutti quanti i beni d'appartenenza pubblica — sebbene gli artt. 1 e 2

ed introdotta soltanto — ma ancora con notevoli elementi di ambiguità — dal *Code Napoléon* ⁽⁷³⁾ — si verrebbe precisando proprio attraverso un affinamento graduale del criterio di riparto tra autorità amministrativa e giudiziaria ⁽⁷⁴⁾. Sarà appunto grazie ad una progressiva evoluzione giurisprudenziale che le « questions de propriété » riservate al giudice ordinario cominceranno a sottendere non più una nozione puramente negativa — quella di una non-attività dello Stato — bensì il concetto positivo della gestione del patrimonio privato appartenente alla persona pubblica. Il punto finale di tale evoluzione sarà segnato solo nella prima metà degli anni '30, da giuristi come Foucart e Proudhon, primi consapevoli sistematizzatori delle varie *species* di beni pubblici ⁽⁷⁵⁾: soltanto

della legge contenessero già la distinzione tra beni « pas susceptibles de propriété privée » da un lato e « toutes les propriétés foncières, et ... tous les droits réels, ou mixtes qui appartiennent à la nation » dall'altro —. L'esigenza di smobilizzare l'enorme patrimonio ecclesiastico confluito nel demanio statale a seguito dei decreti del novembre 1789 costrinse la Costituente — che non concepiva ancora la possibilità di due distinte discipline giuridiche per i beni dello Stato — a dichiarare l'alienabilità di tutto quanto il *domaine de la nation*, salvo alcune eccezioni, invertendo la regola che era valsa fino ad allora sotto l'antica monarchia.

⁽⁷³⁾ Il quale, dopo aver ribadito all'art. 538 (esemplato sull'art. 2 della legge demaniale del 1790), che il *domaine public* è composto da quei beni non suscettibili per loro natura di appropriazione privata, ma destinati all'uso di tutti, sembra contraddirsi all'art. seguente, ove dichiara appartenere parimenti al *domaine public* tutti i beni vacanti e senza padrone.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. soprattutto CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., p. 70 ss., in cui si sostiene che la nozione di *domaine privé*, sconosciuta alla tradizionale cultura giuridica francese, è stata modellata dalla dottrina d'inizio secolo proprio seguendo l'evolversi della giurisprudenza sul riparto. I dottori, quindi, sarebbero giunti ad una definizione precisa del *domaine privé* solo constatando che le supreme magistrature amministrativa e giudiziaria attribuivano concordemente al giudice ordinario tutte le controversie relative ad una determinata categoria di beni di appartenenza statale, il cui regime giuridico, conseguentemente, venne parificandosi interamente a quello della proprietà privata.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. E. V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, Paris, 1833, vol. II, p. 3 ss., e soprattutto J. B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Bruxelles, 1835, al quale va il merito di aver enunciato per primo la tesi che lo Stato è semplice amministratore dei beni di uso collettivo, il cui vero proprietario resta quell'« être moral que nous appellons le public ».

con questi autori si giunge ad affermare che il *domaine privé* costituisce un *bloc de compétence* naturalmente spettante al giudice ordinario, nell'ambito del quale si viene a ritagliare, come una semplice eccezione legale, quell'unico caso di competenza amministrativa relativo alle controversie sorte sulla validità e sull'interpretazione delle vendite immobiliari, ai sensi della disposizione espressa dell'art. 4 della legge 28 piovoso.

Certamente esatta nel rilevare la gradualità con cui viene precisandosi la giurisprudenza del riparto, questa ricostruzione non deve però indurre a pensare che la dottrina dei primi anni del secolo si collochi in una specie di preistoria della cultura amministrativa, governata da partizioni puramente formali ed irriflesse.

Per ciò che riguarda, in particolare, la distinzione tra demanio e patrimonio (per esprimersi nel linguaggio giuridico italiano di oggi) è troppo nota la sua lunga incubazione culturale veicolata dal frammento pomponiano contenente la distinzione tra *res in pecunia populi* e *res in publico usu* ⁽⁷⁶⁾. E non solo, come hanno dimostrato vecchie e nuove ricerche, la consapevolezza di questa distinzione percorre buona parte della cultura giuridica francese — da Hotman a Cujas, da Loyseau fino alla dottrina provenzale settecentesca, a dispetto dell'attrazione esercitata oltralpe dalla nozione unitaria di *domaine de la couronne* ⁽⁷⁷⁾ —; ma essa è ben nota alla dottrina fiscalistica del tardo diritto comune. I pratici di questa epoca sono infatti perfettamente consapevoli di come sulle cose d'uso comune, « qui spectant Principi ratione Reipublicae, non

Tale costrutto consente di evidenziare in modo finalmente preciso la differenza di statuto giuridico tra il *domaine public* — di cui lo Stato si limita ad assicurare l'ordinato godimento collettivo — e tutti gli altri beni « dont le gouvernement perçoit les produits dans l'intérêt de la couronne ou du trésor, et dont il jouit propriétairement, comme un simple particulier jouit de ce qui lui appartient » (t. I, p. 87). Per il primo gruppo di beni, al contrario, è impossibile parlare di una 'proprietà' dello Stato, in quanto manca il requisito dell'esclusività nel possesso e nel godimento.

⁽⁷⁶⁾ D. 18, 1, 6, pr.: per i primi valgono le regole generali sui beni privati, mentre i secondi sono *extra commercium*. La glossa esemplifica i *bona in pecunia populi* indicando i *molendina communia*.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. R. PELLOUX, *La notion de demanialité publique depuis la fin de l'ancien régime*, Grenoble, 1932, pp. 35-37 e MESTRE, *Un droit administratif à la fin de l'ancien régime*, cit., p. 201 ss.

ratione fisci »⁽⁷⁸⁾, egli eserciti soltanto un « dominio ... il quale si dice di protezione, e di autorità »⁽⁷⁹⁾, del tutto distinto dal *dominium* privatistico, ed ascrivibile a quegli *jura regalia majora* « qui non constant in re pecuniaria »⁽⁸⁰⁾. Ed a tale classificazione già il diritto romano faceva seguire, per bocca di Ulpiano, una correlativa duplicità di regimi giuridici⁽⁸¹⁾.

Non sempre, certo, il distinguo era stato valorizzato. Ad esempio, la prevalente letteratura giusnaturalistica sei-settecentesca non si cura troppo di questa distinzione prevalentemente tecnica tra *res in publico usu* e *res in patrimonio fisci*, impegnata com'è a focalizzare l'altro dualismo, ben più rilevante sul piano politico nell'ambito dei piccoli Stati ancora semipatrimoniali italiani e tedeschi, tra i beni appartenenti allo Stato (« bona Regis regia vel publica ») e i beni appartenenti al principe a titolo individuale o familiare (« bona Regis privata »)⁽⁸²⁾.

Sembra comunque sicuro che anche il giusnaturalismo mitteleuropeo più maturo avesse acquisito una perfetta familiarità con la distinzione che ci interessa. Il manuale di Martini, per esempio, dopo aver distinto le cose pubbliche (« quae pertinent ad universos ») dai « bona singulorum immo et minimorum societatum atque ipsius imperantis non iure imperii obtenta », passa a classifi-

⁽⁷⁸⁾ Così CARD. TUSCHI, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum*, Romae, 1605, t. III, p. 961.

⁽⁷⁹⁾ G. B. DE LUCA, *Dottor Volgare*, Roma, 1673, t. II, *De' Regali*, p. 189.

⁽⁸⁰⁾ PEREGRINUS, *De privilegiis et iuribus fisci*, cit., p. 1.

⁽⁸¹⁾ D. 43, 8, 2, 4: « res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt », il che esclude che ad esse siano applicabili gli interdetti che possono essere concessi per le cose di pubblico uso.

⁽⁸²⁾ Così WOLF, *Jus naturae*, L. VIII, cap. II, § 284, ed. cit., p. 207. In Pufendorf e nel suo divulgatore Burlamaqui la distinzione veramente importante in tema di beni pubblici è tra quelli destinati al mantenimento del Re e della sua famiglia — di cui egli ha l'usufrutto — e tutti gli altri « qui doivent servir aux dépenses nécessaires pour la conservation de l'Etat » (S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, L. VIII, cap. V, § 8, ed. Francofurti et Lipsiae, 1759, vol. II, p. 427; J. J. BURLAMAQUI, *Principes de droit politique*, Partie III, chap. V, § 32, ed. Genève et Copenhague, 1756, p. 216; cfr. anche H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres*, L. II, cap. XIV, §§ 1 e 2).

care i primi in due diverse categorie: i « publica in specie », « quorum proprietas omnium est, usus vero singulorum », e quelli compresi nel « patrimonium civitatis », « quorum autem non singulis, sed universis competit » (« aedes, fundi, lacus, vulgo bona cameralia et bona coronae ») ⁽⁸³⁾. Sulla scia di questa tradizione, il Codice civile generale austriaco è anzi pervenuto a definire più chiaramente del Codice Napoleone la differenza tra « beni universali o pubblici », concessi permanentemente in uso a tutti i cittadini, e i beni patrimoniali dello Stato destinati « a somministrare i redditi necessari a sostenerne i bisogni » ⁽⁸⁴⁾.

Romagnosi, in particolare, dimostra una percezione perfetta della distinzione che ci interessa nei suoi scritti più tardi sulla dottrina delle acque, attorno alla metà degli anni venti ⁽⁸⁵⁾. Dopo aver infatti notato con rammarico che molti « legali » confondono ancora tra « beni pubblici », « beni demaniali » e « beni della Corona », egli avverte che « altro è un bene *demaniale* o *fiscale*, altro un bene *pubblico* »; « sebbene (i primi) sieno consacrati ad oggetti i quali per se stessi hanno una relazione pubblica, ciò nonostante sotto altri rapporti possono rivestire la relazione di pura *appartenenza* fiscale o demaniale, ma non di uso pubblico ... Se il carattere *sussidiario* si dovesse assumere come identico al principale noi dovremmo dire esser pubblico anche il salario degli inservienti ad un pubblico stabilimento, pubblici i poteri di uno spedale, d'un beneficio ecclesiastico, come una strada, un fiume, una piazza » ⁽⁸⁶⁾. La distinzione è fondamentale per stabilire il regime giuridico degli uni e degli altri: per sapere, infatti, se « un certo bene possa essere pareggiato ai beni privati tanto per le contrattazioni quanto per le forme ec. », ovvero si caratterizzi per quei « diritti ed obblighi propri delle cose veramente pubbliche », occorre interro-

⁽⁸³⁾ *Positiones de jure civitatis*, cit., cap. VII, p. 66.

⁽⁸⁴⁾ ABGB, § 287.

⁽⁸⁵⁾ Dove il distinguo tra acque private ed acque pubbliche è fondamentale per impostare correttamente la trattazione del diritto civile delle acque. Già sul *Giornale*, comunque, Romagnosi aveva dedicato al problema un'ampia disamina (GGU, t. III, p. 189 ss.) che in parte riprodurrà nell'opera più tarda.

⁽⁸⁶⁾ *Della condotta delle acque*, EP, *Giurisprudenza civile positiva*, t. I, p. 40.

garsi sulla sua destinazione: i beni « semplicemente demaniali ... sono assoggettati alle regole ordinarie del civile diritto », mentre i beni pubblici in senso stretto « sono assoggettati ai regolamenti di pubblica amministrazione, e diretti dai rapporti della cosa pubblica »⁽⁸⁷⁾.

Ecco, dunque, che dietro alla distinzione dei due « domaines », pubblico e privato (nel linguaggio adottato dal nostro codice attuale si parlerebbe di demanio e patrimonio dello Stato)⁽⁸⁸⁾ si profilano due sfere di attività ' gestionale ' della persona pubblica, distinguibili tra loro sulla base del fine immediatamente perseguito dallo Stato: la propria amministrazione interna da un lato, il servizio pubblico dall'altro. Mentre la prima zona di comportamenti risulta completamente regolata dal diritto privato, la seconda può essere retta da un diritto diverso — come dimostra assai bene il regime del demanio pubblico, per il quale valgono principii differenti rispetto a quelli della proprietà privata (indisponibilità e imprescrittibilità).

È vero, certo, che il Romagnosi del *Giornale* non arriva mai ad applicare esplicitamente questo distinguo alla problematica del riparto: ma si capisce bene che egli non l'abbia mai fatto per l'ovvio motivo che nell'ordinamento del Regno non esisteva alcuna norma speciale che riservasse il contenzioso sulle vendite dei beni nazionali all'autorità amministrativa⁽⁸⁹⁾. A meno che, perciò, non si fosse disposti ad abbandonare questa delicatissima materia alla cognizione dei tribunali, con tutti i grossi rischi politici che ciò

(87) *Ibidem*, p. 41.

(88) Si noti come nel linguaggio di Romagnosi il termine « demanio » indichi per antonomasia ciò che la dottrina francese intende con « domaine privé », cioè i beni patrimoniali dello Stato. Nel corso dell'Ottocento, com'è noto, la parola « demanio » usata assolutamente darà luogo, nella nostra dottrina e legislazione, a notevoli ambiguità semantiche, indicando, anche talvolta nel medesimo contesto, ora i beni patrimoniali dello Stato, ora i beni pubblici (cfr. esemplarmente art. 419 ss. Cod. civ. albertino).

(89) A questo riguardo, Romagnosi si schiera, in effetti, in maniera abbastanza ortodossa lungo la linea della giurisprudenza francese c.d. 2 *nivose* e *Godard*, considerando l'atto di aggiudicazione del bene nazionale al privato acquirente come un vero atto amministrativo, che il giudice non può né invalidare né interpretare ai sensi della legge 16 fruttidoro (così in nota a tutte le sentenze del Consiglio di Stato in materia di beni nazionali).

avrebbe comportato, era impossibile dichiarare apertamente, in sede di principii generali, la competenza complessiva del giudice ordinario su tutte le controversie relative al *domaine privé*. Perciò Romagnosi si limitò a seguire attentamente l'evoluzione della coeva giurisprudenza francese, nella sua graduale riaffermazione della competenza giudiziaria su tutta quest'area di contenzioso man mano che essa, col passare degli anni, perde rilevanza sotto il profilo politico ed anche quantitativo: prendendo atto con compiacimento per esempio, dei nuovi orientamenti, consolidatisi definitivamente oltralpe verso la fine del periodo napoleonico, secondo cui si lasciò senz'altro all'autorità giudiziaria la cognizione di tutte le cause sorte da contratti d'affitto o di locazione di beni d'appartenenza statale⁽⁹⁰⁾, e si permise al terzo di buona fede di adire il giudice ordinario per farsi riconoscere qualsiasi diritto reale sul bene venduto⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ Tale risultato viene conseguito a partire dalla decisione del Conseil d'Etat 11 gennaio 1813, che Romagnosi pubblica in GGU, t. V, pp. 261-62. La svolta è abbastanza importante sul piano concettuale, giacché nel corso del periodo precedente i *baux administratifs* erano considerati di competenza amministrativa, al pari delle vendite stesse dei beni nazionali, per tutto ciò che riguardasse la validità dell'atto di aggiudicazione con cui il contratto si perfezionava o la sua interpretazione (così MERLIN, *Répertoire universel, Bail, ad vocem*, § 17, t. I, pp. 528-29: solo i *baux* di beni comunali, come abbiamo visto, venivano ritenuti da questo autore sindacabili da parte dell'autorità giudiziaria). Tale orientamento giurisprudenziale era d'altronde confortato dalla circostanza che l'art. 1712 del *Code civil* faceva salvi eventuali regolamenti pubblici destinati a regolare i contratti d'affitto di beni dello Stato, e dal fatto che conseguentemente la conclusione del contratto avveniva tramite un'aggiudicazione al maggior offerente. Solo a partire dalla fine dell'età napoleonica ci si cominciò a render conto, come ricorda Cormenin, che « les formes de l'adjudication ne changeaient pas la nature du contrat, et que la loi seule, et non la volonté de l'administration ou les caprices des parties, pouvait attribuer des juridictions » (*Questions de droit administratif*, cit., p. XXVII).

⁽⁹¹⁾ Ciò fu ammesso in quanto l'art. 90 della Cost. dell'anno VIII aveva espressamente escluso solo la possibilità che l'acquirente venisse evinto, ma non quella che contro di lui venissero esercitate altre azioni reali. La competenza giudiziaria, infine, non può essere derogata in nessun caso quando l'Amministrazione, invece di procedere alla vendita del bene, abbia costituito su di esso un diritto reale ignorando il precedente titolo del terzo (giacché, mentre la vendita è preceduta da apposite forme di pub-

Del resto, già dal primo numero del *Giornale* egli aveva velatamente fatto intendere quale fosse la sua reale opinione sul problema, scrivendo che ogni controversia insorta tra un privato ed « un'amministrazione patrimoniale della corona o dello Stato » — ed ovviamente risolvibile applicando il diritto civile — avrebbe dovuto essere lasciata alla cognizione dell'autorità giudiziaria⁽⁹²⁾. In questo senso, probabilmente, devono essere interpretate le sue nette dichiarazioni di principio della *Monarchia* sulla non derogabilità del foro ordinario nelle controversie « di mio e tuo », a dispetto della presenza di qualunque atto amministrativo — dove « mio e tuo » non indica tanto l'applicabilità al rapporto di norme privatistiche, quando il suo interessare l'*Etat propriétaire*, e non l'*Etat gouvernement* —.

Sembra perciò sostenibile che Romagnosi abbia avuto costantemente presente, nel corso del suo lavoro, una determinata nozione sostanziale di atto amministrativo. Una nozione così ampia, certo, da lasciare al giudice ordinario il solo settore dell'amministrazione privata di diritto privato, estremamente marginale nell'ambito dell'attività amministrativa ottocentesca; ma non per questo spoglia di una sua dignità concettuale, né tantomeno funzionale a privare il cittadino della tutela dei suoi diritti verso lo Stato. Proprio rendendo esplicita fino in fondo l'avocazione storica ormai in atto di una vastissima area di contenzioso materiale alla conoscenza esclusiva degli organi amministrativi si può rivendicare con forza la creazione di un vero e proprio giudice dell'Amministrazione.

blicità dirette appunto a porre in condizione i terzi di far valere le loro ragioni prima dell'aggiudicazione; nel caso della costituzione di servitù o di altri diritti reali la buona fede del terzo si deve sempre presumere secondo la normale regola civilistica: così in margine a C.d.S. 27 luglio 1811, *Giacometti v. Verri*, GGU, t. V, pp. 143-147).

⁽⁹²⁾ GGU, t. III, p. 358.

CAPITOLO QUINTO

IL GIUDICE DELL'AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. I limiti del ricorso contenzioso nel pensiero di Romagnosi e nella prima giurisprudenza amministrativa francese. — 2. Giustificazione teorica e potenzialità espansive del sindacato del giudice amministrativo. — 3. Gli incerti rapporti tra ricorso amministrativo e ricorso contenzioso: la scelta francese del *Ministre-juge* e qualche ipotesi ricostruttiva della prassi seguita nel Regno. — 4. Verso l'individuazione di un giudice amministrativo di diritto comune: il tentativo di riforma del 1812 ed il probabile influsso avuto su di esso dalla dottrina romagnosiana. — 5. Possibili linee d'influenza del pensiero amministrativistico romagnosiano sulla riforma del contenzioso amministrativo napoletano del 1817. — 6. L'ultima battaglia: la presenza ideale di Romagnosi nei dibattiti parlamentari del 1864 sul progetto della legge abolitrice del contenzioso.

1. « La cognizione di un affare contenzioso tra i privati e l'amministrazione appartiene all'autorità amministrativa tutte le volte che la contestazione cade sopra obbligazioni o diritti (di loro natura regolati dalle leggi civili) i quali nascono dal fatto dell'amministrazione pubblica, o sia da un atto amministrativo » ⁽¹⁾.

Mutuando anche questa regola fondamentale dall'opera di Locré, Romagnosi così individua l'area concettuale della competenza del nuovo giudice amministrativo: corrispondente a quella zona (intermedia tra i rapporti di sudditanza-soggezione ed i rapporti privatistici con l'*Etat-proprétaire*) in cui lo Stato persegue fini pubblici attraverso uno statuto tendenzialmente paritetico.

Certamente, chi si sia atteso di vedere emergere dalle pagine romagnosiane un sistema di diritto amministrativo strutturato se-

(1) GGU, t. I, p. 83, nota *a*. Si tratta della traduzione letterale di un passo di LOCÉRÉ, *Législation et jurisprudence française*, t. I, p. 190.

condo i moduli dell'Ottocento maturo e magari ispirato ad uno spirito schiettamente garantista, potrà rimanere deluso di fronte a questa definizione. Lo spazio, infatti, entro cui è possibile far valere pretese nei confronti dello Stato non corrisponde all'area dei suoi comportamenti autoritativi, ma solo a quella parte della sua attività soggetta ancora alle « leggi civili ».

Di fronte all'« état-souverain », precisa anzi eloquentemente Romagnosi, « il cittadino, vestendo il solo carattere di amministrato, non presenta altro titolo che quello di sudditanza, il quale può bensì autorizzarlo a querelarsi del modo con cui vien trattato dal funzionario, ed a ricorrere al superiore per frenare o correggere la sovracheria; ma non può autorizzarlo a contrapporre un diritto *proprio* per fare conflitto col diritto della cosa pubblica » (2). Un vero rapporto contenzioso, tale, cioè, che la pubblica Amministrazione sia disposta a riconoscere il privato « come giusto ed autorevole contraddittore », è configurabile soltanto quando il cittadino faccia valere una posizione fondata su quella « *autarcheja* personale di diritti e interessi, che le costituzioni serbano illesa e proteggono » (3) (cioè, in buona sostanza, sul diritto naturale preattuale caratteristico dei rapporti interprivati). Lo stesso legislatore del progetto sui Consigli di Prefettura del 1812, per parte sua, nel rifarsi esplicitamente alla stessa dottrina di Loqué (come più avanti vedremo) ribadisce ulteriormente che la giurisdizione amministrativa deve intendersi rigorosamente limitata alle sole « materie regolate dalle leggi civili », proprio per escluderne quelle « regolate dai principj politici, e dipendenti direttamente dai diritti della sovranità » (4), che cadono per definizione fuori da ogni contenzioso.

Chi apra i *Principj fondamentali* o lo stesso *Giornale di giurisprudenza* può esser tentato di ribattere che il discorso romagnosiano presenta invece aperture ben maggiori al sindacato del giudice amministrativo. Un buon numero di pagine delle opere in discorso è infatti dedicato alla messa a fuoco di quello che — *prima*

(2) GGU, t. V, p. 311.

(3) GGU, t. V, *ibidem*.

(4) *Motivi ai singoli articoli del Progetto*, cit., p. 15.

facie — potrebbe apparire come un vizio generale dell'atto amministrativo, ed un vizio di tale importanza da comportarne l'invalidità assoluta: quello, cioè, dell'« incompetenza ». La sensazione di trovarsi di fronte ad una grossa apertura in senso garantistico è data, in particolare, dalla definizione romagnosiana di questo concetto, che sembra addirittura prefigurare, sotto una diversa etichetta, una percezione ormai lucida del più ampio dogma della legalità dell'atto amministrativo e delle sue molteplici applicazioni. La competenza, infatti, « considerata come potere », è per il Nostro « la facoltà di esercitare un'autorità conferita a norma delle leggi attributive l'autorità medesima », da cui si ricava che l'incompetenza consiste « nella difformità o ... contrarietà di questa podestà, e degli atti di lei con le leggi suddette » (5).

Una lettura che non tenesse conto del contesto storico in cui questi passi si collocano potrebbe finire per salutare in Romagnosi un precocissimo precursore dei trattatisti dell'Ottocento maturo, che solo dopo un travaglioso sviluppo giurisprudenziale arriveranno ad ammettere un concetto così pregnante di legalità amministrativa.

A dispetto della loro estrema generalità, infatti, le espressioni impiegate dal nostro autore si riferiscono ad una vicenda molto più circoscritta: per intendere la quale, bisogna ricordare come la parola « *compétence* » fino al periodo rivoluzionario venga adoperata soltanto come *terme de Palais*, ad indicare la sfera di attribuzione di un organo giurisdizionale rispetto ad altri organi giurisdizionali. Ancora Merlin, nel suo *Répertoire*, definisce la competenza prima di tutto come « le droit de juger une affaire contentieuse, ou d'expédier un acte de juridiction volontaire » (6). Perché l'espressione cominci ad assumere un analogo significato in rapporto alle varie attribuzioni delle autorità amministrative nelle loro reciproche relazioni occorre spostarsi agli inizi del terzo decennio del secolo, quando il Conseil d'Etat comincerà appunto ad accogliere i

(5) PFDA, pp. 8-9.

(6) *Répertoire universel*, cit., ad vocem, t. II, p. 639; e così pure, in quegli stessi anni, il *Dictionnaire raisonné des lois de la République française, ouvrage de plusieurs jurisconsultes mis en ordre par le citoyen Guyot*, Paris, a. V, t. V, p. 302, nonchè *Dictionnaire raisonné de matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative*, cit., t. II, p. 256.

primi ricorsi dei privati contro atti amministrativi emanati da funzionari 'incompetenti' (7).

Romagnosi, al pari dei suoi contemporanei, si trova in una fase intermedia tra questi due momenti; nella quale, conformemente all'uso che del termine è stato fatto da parte della legislazione rivoluzionaria (e tipicamente dalla legge 7-14 ottobre 1790), esso designa non più solo lo sconfinamento di un giudice nell'area del sindacato riservato ad altro giudice, ma anche la violazione dei limiti di ciascuno dei tre grandi poteri dello Stato da parte di un altro — ipotesi che il linguaggio legislativo dell'epoca denota come « excès de pouvoir » (8). È « incompetente » l'atto del giudice che esercita funzioni legislative (art. 5 del Codice Napoleone, art. 127 del Codice penale) o amministrative (art. 128 del Codice penale), è « incompetente » l'atto dell'amministratore subalterno che pone norme regolamentari in materie coperte da riserva di legge, su cui solo il sovrano può legiferare (art. 130 del Codice penale), o che esercita funzioni materialmente giurisdizionali al di fuori dei limitati settori in cui la legge glielo consente (art. 131 Codice penale). Queste soltanto, quindi, le « leggi attributive l'autorità medesima » tenute presenti da Romagnosi nello scrivere la sua definizione; la quale non si riferisce allora all'« autorità » del singolo organo amministrativo, ma all'autorità di *tutto quanto il potere amministrativo* a fronte di quella degli altri poteri (9).

(7) Su questa svolta decisiva, collocabile non prima dell'inizio degli anni '30 e dovuta in gran parte al genio di Macarel, cfr. per tutti, oltre alla ricerca monografica di P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, Paris, 1962, AUBY-DRAGO, *Traité*, vol. II, p. 129 ss., SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, cit., p. 425.

(8) L'espressione è antichissima, per indicare il fatto dell'agente del Re palesemente esorbitante rispetto alla commissione o al mandato ricevuti: MESTRE, *Introduction*, cit., p. 258.

(9) È vero che Romagnosi parla anche, talvolta, di 'incompetenza' a proposito di uno sconfinamento di potere a carattere diverso, come quello che si verifica « entro i gradi della stessa gerarchia, come sarebbe fra ... un funzionario o un corpo amministrativo, ed un altro funzionario od altro corpo amministrativo ». Sembra, però, che questa specie di incompetenza (indicata dal Nostro con l'attributo « di giurisdizione », per distinguerla appunto dall'incompetenza « d'attribuzione », che si verifica nei rapporti tra

L'incompetenza dell'atto è dunque un'incompetenza assoluta, uno 'straripamento di potere', un vizio, anzi, nient'affatto caratteristico del solo atto amministrativo, ma predicabile indistintamente di tutti gli atti dei pubblici poteri; la cui individuazione, tra l'altro, non ha niente a che vedere col problema della giustizia amministrativa, ma prelude semplicemente ad un'analisi dei vari comportamenti che il giudice ordinario può assumere di fronte ad un atto amministrativo invasivo della sua sfera di attribuzioni ⁽¹⁰⁾.

diversi poteri dello Stato) assuma una specie di rilevanza esterna solamente per le interferenze indebite tra le autorità dell'amministrazione attiva e le autorità incaricate di pronunciare sul contenzioso amministrativo, o tra queste ultime — « fra un Prefetto e un Consiglio di Prefettura, fra questi e il Consiglio di Stato » (PFDA, p. 13) —. Si tratta di quelle fattispecie di « incompetenza » riconducibili, nell'ambito dell'esperienza francese, alla giurisprudenza c.d. « Egret-Thomassin », iniziata sotto il primo Impero e destinata a consolidarsi nel corso della Restaurazione, che per lungo tempo è stata considerata erroneamente come un primo inizio del contenzioso della legalità oggettiva. In realtà, in queste circoscritte ipotesi il Consiglio di Stato non annullava neppure l'atto dell'amministratore attivo che si fosse arrogato indebitamente competenze giurisdizionali riservate ai giudici amministrativi, ma si limitava a rinviare le parti davanti a questi ultimi (cfr. SANDEVOIR, *Études*, cit., p. 255 ss.).

⁽¹⁰⁾ In particolare, secondo Romagnosi, mentre di fronte ad un eccesso di potere amministrativo commesso ai danni del potere giudiziario, il giudice non potrà dichiarare unilateralmente l'invalidità dell'atto dell'Amministrazione con cui si usurpano funzioni giurisdizionali, né misconoscerne gli « effetti propri » — giusta il divieto legale di « connaître d'actes d'Administration » — ma solo ricorrere alla « superiore autorità » perché sia da essa rimosso; nel caso invece dell'atto di un amministratore che introducesse nell'ordinamento nuove sanzioni penali o nuove imposte, derogando dunque alla competenza esclusiva del legislatore su queste materie, il giudice dovrebbe senz'altro disapplicarlo autonomamente, pur senza annullarlo (GGU, t. I, p. 37; t. VIII, pp. 168-182 (*Di alcune regole fondamentali per giudicare in materia di imposte e tasse*) e *ibidem*, pp. 250-268 (*Dell'applicazione giudiziale dei precetti penali politici*). Tale regola sarà più tardi formalizzata in Francia con la riforma della procedura sui conflitti di attribuzione del 1828, che vieterà appunto l'elevazione del conflitto in materia penale.

Romagnosi non pare invece avere messo ancora a fuoco la problematica più generale dei regolamenti amministrativi autonomi: il cui nucleo centrale consiste nel determinare se sia lecito all'Amministrazione, al di fuori delle ipotesi di riserva di legge, emanare norme generali senza delega o autorizzazione legislativa. È probabile che tale questione non abbia trovato

2. Il bilancio, dunque, di tutta l'operazione di politica del diritto impostata da Romagnosi negli anni del Regno d'Italia rischia di chiudersi, in apparenza, con un attivo assai magro. In fin dei conti, l'area di tutela para-giurisdizionale che egli è disposto a concedere al cittadino si riduce a ben poco, e sembra anzi coincidere con quella dei vecchi rapporti 'fiscali': il richiamo alle « lois civiles », infatti, ci dice chiaramente che i soli rapporti tutelabili sono ancora quelli a contenuto privatistico e patrimoniale, fondati su un contratto stipulato con l'Amministrazione⁽¹¹⁾, o sorti in occasione di un danno provocato dalla sua attività autoritativa, nei casi in cui la legge le imponga l'obbligo del risarcimento⁽¹²⁾. In ultima analisi, un ben circoscritto contenzioso dei contratti e delle indennizzazioni, dal cui ristretto perimetro non si riesce ancora neppure a scorgere la possibilità di un sindacato sulla legalità dei comportamenti amministrativi.

La constatazione è certamente esatta, se con ciò si vuole rilevare come questi paleo-amministrativisti non dispongano ancora di strumenti concettuali abbastanza affinati da permettere loro di aggredire efficacemente l'area dell'amministrazione 'pura'. Il che non significa affatto, però, che i più sensibili tra questi giuristi non avvertissero urgentemente la necessità di un grande, vasto lavoro diretto a produrre un sistema di diritto funzionale a giuridicizzare totalmente il potere. A Locré, che auspicava la precoce nascita di

spazio sufficiente per emergere nell'ambito di un ordinamento, come quello del Regno, in cui non esisteva alcun dualismo organico tra autorità legislativa ed amministrativa, ed in cui dunque gli unici atti rubricabili come 'regolamenti amministrativi' erano quelli dei Ministri e delle autorità amministrative inferiori, facilmente controllabili da parte del principe-legislatore.

(11) In questo senso, del resto, si era già espresso il più volte citato art. 14 del decreto 11 giugno 1806 del legislatore dell'Impero, nel formalizzare definitivamente la competenza del giudice amministrativo su tutta quanto la contrattualità amministrativa.

(12) Tipicamente, ai sensi della legge 28 piovoso e, da noi, del decreto 8 giugno 1805, nel caso dei danni derivanti da lavori pubblici, fossero essi arrecati dagli appaltatori o anche — per estensione giurisprudenziale della norma — dall'Amministrazione stessa, nonché in tutta un'altra serie di ipotesi formalizzate dal legislatore francese (KOECHLIN, *La responsabilité de l'etat en dehors des contrats*, cit., pp. 81-103) ed in parte recepite dal nostro.

un « *droit mixte* », capace di temperare le esigenze dell'Amministrazione con i diritti del cittadino, Romagnosi fa eco nelle ultime pagine dei *Principj* con alcune righe dense di significato: « e qui io oso predire che meditando la forza dei principj, e sviluppandone i rapporti mediante molteplici e svariate applicazioni, tempo verrà che tutta la ragion pubblica economica sarà ridotta a regole fisse come il diritto civile, e sarà riguardata come sacra al pari del civile diritto » ⁽¹³⁾.

Non ci troviamo di fronte soltanto ad un'affermazione ad effetto. Ben consapevole della sua immaturità storica a scrivere quell'ipotetico codice che da lontano intravede, Romagnosi ha però individuato gli spazi che esso dovrà andare ad occupare, e soprattutto lo strumento operativo che consentirà di redigerlo: un giudice speciale, cioè, fornito di una giurisdizione onnicomprensiva su tutti i rapporti contenziosi tra i cittadini e lo Stato.

L'obbiettiva esigenza della tutela accordata al privato, nel corso della prima decade dell'Ottocento, infatti, non è che il rovescio dell'ancora scarsissimo numero di norme amministrative sostanziali — intese come norme limitatrici del potere pubblico esternamente rilevanti — presenti negli ordinamenti di quest'epoca. Allora ben più di oggi, la normazione amministrativa statale si caratterizzava per una sproporzione evidente tra la gran massa di regole a carattere organizzativo e procedurale e quelle poche, invece, prescrittive obblighi con efficacia esterna agli organi dell'Amministrazione.

Il compito di creare la maggior parte delle norme di quest'ultimo tipo sarà assolto, appunto, nel corso del secolo, dal giudice amministrativo stesso: la cui istituzione, quindi, rappresenta un *prius*, e non un *posterius*, rispetto all'esistenza di un diritto amministrativo sostanziale.

Ancora una volta, allora, la funzione storica di questa proto-scienza amministrativa di cui Romagnosi è un esponente così rappresentativo, consisterà molto più nello scavare le fondamenta del futuro edificio che non nel costruirlo. Invece di farle ipoteticamente carico di non aver dettato ancora le regole che sarà l'Otto-

(13) PFDA, p. 146.

cento maturo a produrre, occorre apprezzare l'impegno con cui essa si adoperò per costruire l'*habitat* necessario alla loro progressiva maturazione: quello, cioè, dei moderni tribunali amministrativi.

Il tanto evidente e lamentato esproprio subito dal giudice di diritto comune relativamente alla sua competenza 'fiscale' produce infatti subito come contropartita la necessità di istituire, all'interno del potere amministrativo, un sistema di tutela funzionalmente analogo a quello utilizzato per risolvere controversie materialmente civili. Transitando idealmente, cioè, dal settore giudiziario a quello amministrativo, questo primo gruppo di materie contenziose, prevalentemente attinenti alla responsabilità contrattuale e quasi-contrattuale dello Stato, vi trasferisce anche i suoi originari caratteri processuali: si tratta di un contenzioso del rapporto giuridico, di un contenzioso dei diritti⁽¹⁴⁾, ovvero di un contenzioso « de pleine juridiction », come lo battezzerà più tardi Laferrière⁽¹⁵⁾, ad indicare che al giudice vengono riconosciuti gli stessi poteri di cognizione e di condanna spettanti al magistrato ordinario in una comune vertenza civilistica, ed in cui le parti si collocano in una posizione di reciproca eguaglianza. Sarà appunto lavorando all'interno di questo schema processuale, già precisatosi compiutamente nel corso dell'età napoleonica, che il giudice amministrativo costruirà pezzo a pezzo il diritto dell'amministrazione. Attribuendo infatti una sempre maggiore latitudine al concetto di quel diritto soggettivo, la cui lesione — come in qualsiasi processo civilistico — costituisce il fondamento dell'azione, non si ottiene solo l'effetto di estendere progressivamente l'area della tutela amministrativa; ma si introducono contemporaneamente altrettante norme sostanziali,

(14) Il cui carattere tipico, cioè, come noterà poi Léon Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, cit., t. II, pp. 435-36), consiste nel fatto che il privato fa valere appunto una posizione soggettiva violata. Lo schema processuale prevede perciò che il ricorrente chieda innanzitutto il riconoscimento *in iure* di un suo diritto soggettivo, dimostri che la pubblica Amministrazione gli ha arrecato un danno, e chieda quindi l'accertamento della responsabilità della controparte, nonché la sua conseguente condanna a reintegrare l'ordine giuridico violato attraverso un risarcimento in danaro o in forma specifica. L'atto amministrativo compare dunque nel procedimento come un semplice fatto dannoso, di cui il ricorrente cerca di provare l'obiettiva illiceità.

(15) LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., vol. I, p. 16.

di origine pretoria, quanti sono i nuovi tipi di azione che via via si concedono ⁽¹⁶⁾.

Nel giro di alcuni decenni, la nozione del diritto soggettivo, e con essa quella del diritto amministrativo obbiettivo sottostante, subiranno un'enorme espansione.

Già Macarel, nei primi anni della Restaurazione, scriveva che « tout ce qui fait légalement obstacle à l'administration lorsqu'en marchant elle froisse les intérêts des particuliers » dev'essere considerato per ciò stesso un diritto soggettivo, tale da fondare un ricorso contenzioso ⁽¹⁷⁾. Il punto d'arrivo di questa tendenza espansiva sarà segnato, nel corso del secondo Impero, dalla celeberrima definizione di Vivien, secondo cui « le contentieux administratif se compose de toutes les réclamations fondées sur la violation des obligations imposées à l'administration par les lois et règlements qui la régissent ou par les contrats qu'elle souscrit; ainsi, toute loi qui pose une règle de décision peut donner ouverture à un débat contentieux » ⁽¹⁸⁾. Tali, in particolare, vengono considerate dagli amministrativisti francesi dell'epoca le norme sulla competenza amministrativa, la cui violazione si presenta pure come violazione di un

(16) Si ricordi, comunque, come l'avvio di questo processo espansivo fu estremamente lento nelle sue fasi iniziali, quando si trattò di superare l'originaria nozione puramente civilistica del diritto soggettivo, già sopra descritta, a favore di quella di un « droit acquis » fondato sulla legge amministrativa e non più solo sul Codice civile. Per un lungo periodo il Conseil d'Etat ammise il ricorso contenzioso solo quando la norma legale riconosceva in maniera *esplicita* la titolarità di un certo diritto nei confronti dell'Amministrazione ad una determinata categoria di soggetti (CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation*, cit., p. 134 ss.). Per richiamarsi ad un caso assai noto, si pensi che ancora nel 1822 esso negò recisamente che la normativa sugli avanzamenti nella carriera militare — uno dei primi settori del pubblico impiego a venire regolamentati — potesse conferire agli interessati vere e proprie posizioni soggettive, tali da aprire la via contenziosa contro gli atti che ne avessero violate le disposizioni (SANDEVOIR, *Études*, cit., pp. 222-223).

Ciò per non dimenticare quanto forte e profondamente radicato fosse quel dualismo tra normazioni di pretese e normazioni di attività che ancora condiziona totalmente la dottrina del periodo napoleonico di cui ci stiamo occupando.

(17) *Éléments*, cit., t. I, p. 5.

(18) *Études administratives*, cit., t. I, p. 125.

diritto che la legge attribuisce al privato, legittimandolo ad ottenere l'annullamento dell'atto⁽¹⁹⁾. Ed è sempre senza soluzione di continuità che da questa base concettuale si svilupperà negli anni ancora seguenti il sindacato sull'eccesso di potere; il quale non denuncia affatto una natura intrinsecamente diversa rispetto al contenzioso tradizionale di piena giurisdizione, ma ne costituisce al contrario la manifestazione più raffinata⁽²⁰⁾. A dispetto, dunque, delle successive classificazioni teoriche, volte a differenziare vari tipi di contenzioso con differenti fondamenti teorici, tutta la giustizia amministrativa francese si presenta storicamente come un contenzioso dei diritti, che trova la propria inscindibile identità, sia storica che dogmatica, nelle scelte compiute all'inizio del secolo⁽²¹⁾.

Il presupposto che rese possibile questo sviluppo non fu solo la sottrazione all'autorità giudiziaria di ogni giudizio avente ad oggetto l'attività amministrativa, ma soprattutto la creazione, attraverso uno sforzo perfettamente consapevole e non privo di una certa preveggenza, di un vero e proprio giudice collocato all'in-

(19) Oltre allo stesso VIVIEN (loc. ult. cit.) cfr. ad es. FOUCART, *Éléments*, cit., t. III, p. 272: « enfin, tous les actes du pouvoir discrétionnaire peuvent être attaqués par la voie contentieuse pour incompétence et excès de pouvoir. En effet, la compétence de tous les organes de l'autorité et les limites de leurs pouvoirs sont déterminées par des lois; s'ils sortent de ces limites, ils violent la loi; quand on attaque un de leurs actes pour ce motif, on s'appuie sur un droit qui a été violé; il y a donc contentieux ».

(20) La storiografia ha in particolare ormai dimostrato a sufficienza quanto sia falsa la credenza tradizionale secondo cui il contenzioso della legalità oggettiva troverebbe le proprie autonome origini nella legge 7-14 ottobre 1790, con cui si attribuiva al capo dello Stato la cognizione esclusiva su tutti i reclami per « incompétence » (con quella espressione, come già si è visto, i rivoluzionari intesero solo riferirsi ad ipotesi di incompetenza assoluta). Questo testo sarà semplicemente 'recuperato' molti anni dopo dal Consiglio di Stato per fondarvi un vero e proprio diritto alla competenza dell'atto amministrativo (SANDEVOIR, *Études*, cit., p. 255 ss.).

(21) Fino a Eduard Laferrière, del resto, la dottrina aveva sempre guardato al ricorso contenzioso come ad un istituto sostanzialmente unitario; ed oggi stesso si torna a riconoscere che non vi sono criteri dogmatici sicuri per distinguere un contenzioso dei diritti da un contenzioso della legalità, al di là di certi indicatori estrinseci, come l'obbligatorio patrocinio da parte di un avvocato per il primo e la sua facoltatività per il secondo (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris, 1985, pp. 25-28).

terno del potere amministrativo: ben distinto dall'amministrazione attiva sul piano organico come su quello funzionale, ed al tempo stesso tanto ' in intimità ' con essa da poterne sindacare l'operato senza quei tabù in cui si imbatte fatalmente il giudice ordinario.

È appunto in ordine a questo grande progetto che si tratta di valutare l'entità del contributo teorico romagnosiano, e l'incidenza effettiva del suo impegno riformatore.

3. Non previsto nello schema originario dello Stato scaturito dalla Rivoluzione, che aveva identificato quasi completamente la cognizione dei reclami degli amministrati con l'attività amministrativa stessa, il giudice dell'amministrazione si verrà a costituire per partenogenesi — per così dire —, attraverso, cioè « une transformation progressive du recours hiérarchique de l'administré devant l'autorité supérieure, de l'appel des décisions du gouvernant mal informé devant le gouvernant mieux informé, en un recours contentieux soumis à une procédure particulière et aboutissant à un véritable jugement » ⁽²⁾. Tale processo si svolgerà lentamente lungo quasi tutto il corso del secolo, per giungere al suo traguardo definitivo soltanto col 1872 — o forse ancora più oltre, con l'*arrêt Cadot* del 1896.

Soltanto a queste date, infatti, si potrà affermare di aver completamente risolto i due principali problemi istituzionali connessi al progressivo consolidarsi della figura del nuovo giudice: quello del riconoscimento della sua natura giurisdizionale, e quello della sua separazione funzionale dalle autorità dell'amministrazione attiva.

La dottrina dell'età napoleonica, nel prendere coscienza di ambedue queste questioni fondamentali e nel cominciar a cercarvi una prima soluzione, si trova di fronte in realtà anche ad un altro grosso nodo da sciogliere, il cui superamento costituisce la *condicio sine qua non* per poter progettare un vero sindacato sull'attività amministrativa. Si tratta, cioè, della difficoltà in cui si imbattono subito i neo-nati organi del contenzioso di vedersi riconosciuta una competenza tendenzialmente *generale* su tutte quante le controversie tra Stato e cittadino già sottratte all'autorità giudiziaria, e su

⁽²⁾ H. CHARDON, *Les juridictions administratives*, in *Encyclopédie française*, t. X, *L'Etat moderne*, Paris, 1933, p. 10.

tutte quelle destinate ad acquistare in futuro una rilevanza giuridica.

All'inizio del periodo napoleonico, infatti, esistono già, come sappiamo bene, due organi contenziosi in qualche modo rudimentalmente distinti dall'amministrazione attiva sia in senso organico che funzionale, e destinati a fornire la base di partenza per la costruzione del giudice amministrativo ottocentesco — il Consiglio di Stato e i Consigli di Prefettura —. Ciò che manca ancora del tutto, però, è la disponibilità da parte della cultura giuspolitica a considerare questo sindacato amministrativo che comincia così a profilarsi come un fenomeno 'naturale', strutturalmente incardinato nell'ordinamento, non limitato ad una serie di specifiche ed eccezionali attribuzioni legislative, ma tanto ampio quanto lo richiede (o lo richiederà) l'effettiva domanda sociale di giustizia nei confronti dello Stato. Nonostante infatti che la clausola generale di riparto praticata in Francia avocasse, come s'è visto, alla conoscenza dell'Amministrazione una zona di rapporti contenziosi enormemente vasta, all'inizio del periodo che ci interessa non vi è ancora un organo amministrativo specificamente 'programmato' per giudicare di tutto il contenzioso pubblicistico non espressamente deferito ad altre autorità, secondo un criterio complessivo e residuale.

Chi rilegga oggi i testi d'allora, può esser tentato di concludere che un giudice del genere, invece, esistesse già. Il legislatore napoleonico, infatti, aveva proclamato esplicitamente, con una consapevole inversione di rotta rispetto al periodo rivoluzionario, la distinzione tra giurisdizione amministrativa ed amministrazione attiva, attribuendo in particolare al Conseil d'Etat una competenza contenziosa su tutte « les difficultés ... en matière administrative »⁽²³⁾. Tuttavia, giurisprudenza e dottrina, fortemente suggestionate dalla posizione di organo centrale del Consiglio e dal suo rilievo costituzionale, lessero subito in quel testo una competenza generale, sì, ma essenzialmente in secondo grado su tutti i ricorsi diretti contro le pronunce rese in prima istanza da altri organismi dotati di attribuzioni contenziose; e siccome per gli altri giudici amministrativi di primo grado, che erano i Consigli di Prefettura,

(23) Così appunto l'art. 52 della costituzione dell'anno VIII.

si era scelto il criterio della competenza enumerata, il contenzioso amministrativo non disponeva di un proprio giudice ordinario ⁽²⁴⁾.

Questa apparentemente macroscopica carenza legislativa si spiega considerando che l'idea stessa di un contenzioso amministrativo 'per natura' emerge soprattutto *dopo* le riforme dell'anno VIII, attraverso la pratica giurisprudenziale del riparto e l'impiego sistematico delle clausole d'attribuzione elaborate dai giuristi, nonché a seguito del rapido espandersi di una domanda di giustizia nei confronti dell'Amministrazione che durante il periodo rivoluzionario si era trovata assai soffocata. Certamente adeguato alla situazione del 1799, il criterio dell'attribuzione espressa adottato nell'anno VIII per motivi di chiarezza e di semplicità si rivelò negli anni seguenti un abito troppo stretto per la giustizia amministrativa ⁽²⁵⁾; il cittadino leso in un suo diritto finiva spesso per doversi rivolgere all'amministratore attivo attraverso lo strumento improprio del ricorso gerarchico ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Per un primo periodo, in effetti, corrispondente approssimativamente agli anni del Consolato ed ai primi dell'Impero, dottori e giudici identificano il concetto di « *matières contentieuses* » con quelle soltanto attribuite in modo esplicito e formale dalla legge alla competenza dei tribunali del contenzioso (SANDEVOIR, *Études*, cit., p. 224; CHEVALLIER, *L'élaboration historique*, cit., p. 91). Ancora Romagnosi, nel descrivere il sistema giuspositivo napoleonico in Italia, sembra propendere verso una concezione formale della competenza del Consiglio degli Uditori, limitando la sua cognizione alle sole materie attribuite in primo grado ai Consigli di Prefettura dal decreto 8 giugno 1805, nonché ad « altre materie simili *espressamente* assoggettate dalle leggi e dai regolamenti alla decisione dell'autorità amministrativa » (GGU, t. I, p. 21).

⁽²⁵⁾ Anche se di sicuro non vi era stata, da parte di Roederer e dei suoi collaboratori, la volontà di limitare la cognizione dei nuovi organi alle materie enumerate, che non costituivano per loro un limite tassativo (lo ha sottolineato, tra gli altri, BIENVENU, *L'organisation du conflit administratif*, cit., p. 873).

⁽²⁶⁾ Ciò era evidentissimo, in particolare, nell'ambito del contenzioso relativo alla liquidazione dei debiti dello Stato, che non potendo come sappiamo essere conosciuto dal giudice ordinario, veniva correntemente giudicato dai Ministri (cfr. per tutti DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, cit., p. 377-78; CHAUVEAU, *Principes de compétence*, cit., t. I, pp. 371 e 378; FOUcart, *Éléments de droit public et administratif*, cit.,

Per modellare la figura di un giudice amministrativo dalle competenze generali si aprivano alla dottrina ed alla giurisprudenza due strade egualmente percorribili. La prima — quella effettivamente seguita dall'esperienza francese — consisteva nel qualificare come autorità giudicanti 'in primo grado' gli organi di vertice dell'amministrazione attiva svolgenti attività materialmente giurisdizionale: in modo tale da poter presentare come decisioni contenziose appellabili in Consiglio di Stato tutti i decreti ministeriali resi su ricorso gerarchico ogni volta che il privato avesse fatto valere un suo diritto soggettivo fondato sulla legge o su un titolo, e non si fosse limitato semplicemente a chiedere la revisione discrezionale di un atto⁽²⁷⁾.

Si trattava di un palese stravolgimento del sistema dell'anno VIII, in quanto si ammetteva appunto che i Ministri potessero 'giudicare' di materie contenziose in aperta violazione dell'art. 11 del regolamento 5 nevoso a. VIII; il quale stabiliva, conformemente all'originaria logica separatista dei riformatori, che solo il Consiglio di Stato sarebbe stato competente a pronunciarsi, da allora in poi, « sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres »⁽²⁸⁾.

t. III, p. 355 ss.; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, vol. VII, Paris, 1868, p. 428; DARESTE, *Études sur les origines du contentieux administratif*, IV, cit., p. 128).

(27) Così, per tutti, SIREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., pp. 256-72, che di questo meccanismo sarà uno dei primi consapevoli teorizzatori. La natura materialmente contenziosa della domanda faceva sì che la pronuncia correlativa assumesse alcuni caratteri tipici di un atto giurisdizionale (p. es. la forza della « chose jugée », e la capacità di fungere da titolo per ottenere iscrizione ipotecaria).

(28) L'ostacolo dell'art. 11 fu aggirato da dottrina e giurisprudenza interpretandolo nel senso che i Ministri non avrebbero più potuto giudicare *in ultimo grado* sulle materie contenziose, come appunto facevano sotto il Direttorio, ma che, con ciò, la norma non aveva inteso sottrarre loro qualunque sindacato sulle controversie amministrative: CHEVALIER, *L'élaboration historique*, cit., p. 141. Sarà Macarel, in particolare, a parificare in tutto e per tutto il Ministro ad un vero giudice, sia in quegli ambiti in cui avesse giudicato in primo grado (in genere ritagli di competenze non attribuiti ad altri giudici), sia quando fosse stato chiamato a pronunciarsi in secondo grado su decisioni dei Prefetti (*Elements*, t. I, p. 32).

È difficile stabilire fino a che punto questo sviluppo sia stato il frutto di un disegno cosciente da parte del Consiglio volto ad allargare la sua area di competenza (come pare se si tengono presenti alcuni importanti testi giurisprudenziali, come l'*arrêt Cavallo* del 1812)⁽²⁹⁾, ovvero una conseguenza spontanea di quella sostanziale continuità che esiste tra attività amministrativa ed attività giurisdizionale⁽³⁰⁾, oppure ancora una scelta dettata effettivamente da esigenze pratiche, che non ammettevano di scaricare su un unico giudice a livello centrale il peso di un contenzioso materiale enorme, prima che fosse stato in qualche modo 'scremato' attraverso il sistema dei ricorsi⁽³¹⁾. Certo è che il risultato di questa trasformazione istituzionale sarà rappresentato dall'emersione della figura ottocentesca del « *Ministre-juge* », come autorità giudicante in primo grado su tutte le materie contenziose non espressamente attribuite ai Consigli di Prefettura o ad altri giudici dell'ordine amministrativo: ovvero dal riconoscimento della coesi-

(29) All'inizio dell'età napoleonica, in effetti, è prevalente la convinzione che i ministri « n'ont rien à juger » (ancora condivisa, qui, da HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, cit., p. 482). Solo a partire dagli ultimi anni dell'Impero si comincia a parlare esplicitamente, in giurisprudenza, di decisioni ministeriali rese « en premier ressort » (CHEVALLIER, *L'élaboration*, cit., p. 140).

(30) Secondo un'accreditata opinione, la « *juridiction ministerielle* » è intimamente connessa alla teoria dell'« *Etat-débiteur* », che riservava all'Amministrazione tutte le domande dirette a far dichiarare lo Stato debitore (DRAGO, *L'Etat débiteur*, cit., p. 808). In effetti, tra le competenze residuali di cui il Ministro risulta titolare come giudice amministrativo di primo grado, quella relativa alla liquidazione ed al pagamento dei debiti statali è senza dubbio la più importante. La ricostruzione più convincente della genesi dell'istituto, però, resta ancora quella di CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., vol. I, p. 791 ss., che lo considera come una conseguenza naturale del principio di gerarchia e della identità materiale tra funzione amministrativa e giurisdizionale.

(31) Eliminando il 'filtro' rappresentato dalla « *juridiction ministerielle* », notava per esempio Vivien, « les parties auraient été condamnés dans tous les cas à procéder devant une juridiction qui pouvait être lente et coûteuse » (*Études*, cit., vol. I, p. 155). « On a donc admis que le Conseil d'Etat n'est qu'un tribunal d'appel, et les ministres sont demeurés juges en premier ressort. Les citoyens n'en éprouvent aucun dommage puisqu'ils peuvent toujours recourir au Conseil d'Etat, et ils y trouvent l'avantage d'un premier examen, simple, souvent rapide, exempt de frais » (*ibidem*).

stenza di attribuzioni amministrative e giurisdizionali in capo ad un medesimo organo — il quale veniva quindi a giocare il ruolo di giudice di diritto comune in prima istanza per tutto il contenzioso amministrativo⁽³²⁾.

Un'altra soluzione possibile a livello teorico, più soddisfacente sul piano dei principii, ma più difficile da attuare sotto quello politico, avrebbe potuto essere quella di allargare l'area della competenza in primo grado dei Consigli di Prefettura, considerando la enumerazione della legge 28 piovoso come semplicemente esemplificativa, o comunque non esclusiva di una più ampia attribuzione implicita di carattere generale. In Francia, questa tesi, pur minoritaria in dottrina e quasi sconosciuta in giurisprudenza⁽³³⁾, trova sostenitori nei primi decenni dell'Ottocento tra chi si richiama ad

⁽³²⁾ Per una ricostruzione complessiva di questa evoluzione storica cfr. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, cit., p. 422 ss.

⁽³³⁾ Negli anni che seguiranno, il più deciso partigiano di tale opinione sarà Alfred Dufour, il quale, nella prima edizione della sua opera maggiore, ritiene appunto che a fronte di una competenza enumerata i Consigli siano pure titolari di una « *jurisdiction ordinaire* » (*Traité général de droit administratif appliqué*, cit., t. I, p. 82 ss.). Il resto della dottrina, specie nei primi decenni del secolo, cerca di non prendere una posizione assolutamente esplicita sul punto, ed assai spesso indica i Consigli di Prefettura come giudici « *ordinaires* » del contenzioso amministrativo, al pari del Consiglio di Stato, affrettandosi però a far seguire la lista delle materie enumerate nell'ambito delle quali soltanto essi possono esercitare il loro sindacato (cfr. ad es. F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit administratif*, cit., pp. 605-606; FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, cit., t. III, p. 80 ss.; SOLON, *Code administratif*, cit., p. 82 ss.). È chiaro che si tratta di un modo di eludere il problema del giudice amministrativo di diritto comune, ammettendo che in primo grado esistono soltanto giudici amministrativi dalle competenze enumerate (tra i quali, naturalmente, essi annoverano anche il Ministro, citando le materie contenziose ad esso espressamente attribuite per legge). La dottrina dell'Ottocento maturo, invece, più precisa ed esigente nel disegnare i propri costrutti, ammetterà senz'altro che i Consigli sono tribunali eccezionali rispetto ai Ministri, per quanto la loro sfera d'attribuzioni possa essere prevalente sotto il profilo sostanziale (VIVIEN, *Études*, cit., t. I, pp. 154-155; M. TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, 1868³, p. 18; BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, cit., vol. VIII, p. 428 ss.). Lo stesso Dufour nelle successive edizioni del suo *Traité* (1854-57 e 1868-70) finisce per sposare — assicura Batbie — la tesi ormai maggioritaria del ministro-giudice di diritto comune.

alcune espressioni assai generalizzanti contenute nella relazione Roederer alla legge 28 piovoso ⁽³⁴⁾, nonché ad una celebre decisione del Conseil d'Etat resa nel 1813, favorevole appunto ad una interpretazione del genere ⁽³⁵⁾. Essa si fonda su di una lettura della legislazione dell'anno VIII in chiave marcatamente 'liberale', come primo tentativo di riconoscere l'autonomia della giurisdizione amministrativa sul piano organico; e sotto questo punto di vista, ancorché perdente, ha un suo preciso diritto di cittadinanza nella cultura amministrativa dell'età napoleonica.

Meno facile, invece, è capire come mai i contemporanei non abbiano seguito una terza possibilità, che concettualmente si presenta a noi come la più lineare di tutte; cioè quella di erigere il Consiglio di Stato in giudice di diritto comune in primo ed unico grado di tutto il contenzioso amministrativo ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ « Remettre le contentieux de l'administration à un conseil de prefecture, a paru nécessaire pour garantir les parties intéressées de jugements rendus sur des rapports et des avis des bureaux, pour donner à la propriété des juges accoutumés » ecc. (*Séance du Corps législatif 18 pluviôse a. VIII Arch. parlam., 2^{ème} série, t. I, p. 170*).

⁽³⁵⁾ *Arrêté 6 décembre 1813, Commune de Doudeville*, che venne pubblicato sul *Bulletin des lois* per il suo valore esemplare: « Considérant que d'après la loi du 28 pluviôse an VIII, le préfet est seul chargé de l'administration, et que dès lors il doit seul statuer sur toutes les matières qui sont de pure administration, mais que les conseils de prefecture sont institués pour prononcer sur toutes les matières contentieuses administratives ». Il vero significato di questo periodo, però, da quanto si desume dal contesto, era solo quello di separare le attribuzioni del Prefetto, come amministratore attivo, da quelle dei Consigli, e non di erigere questi ultimi in giudici ordinari di tutto il contenzioso non espressamente loro attribuito.

⁽³⁶⁾ Nell'ambito della dottrina più matura, la tesi che il Consiglio di Stato possa svolgere un ruolo di giudice di primo grado per tutto il contenzioso non attribuito ai Consigli di Prefettura sembra sostenuta soltanto da Trolley, nel suo *Traité de la hiérarchie administrative*, Paris, 1844, t. V, p. 77. Tutti gli altri autori non hanno più dubbi che esso debba « être considéré comme le tribunal administratif ordinaire du deuxième degré » (CHAUVEAU, *Principes*, cit., t. I, p. 440; CORMENIN, *Questions de droit administratif*, cit., pp. XVII-XIX; VIVIEN, *Études*, cit., vol. I, p. 156; FOUcart, *Éléments de droit public*, cit., t. III, pp. 383-4; SOLON, *Code administratif*, cit., p. 85). Anche la storiografia è unanime nel ritenere che il Consiglio abbia svolto sostanzialmente, fin dall'inizio, il ruolo di un giudice di secondo grado (DARESTE, *Études sur les origines du contentieux*, IV, cit., p. 130; E. LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., vol. I, p. 219; AUBY-DRAGO, *Traité*, p. 661 ss.).

Questa soluzione, che sarà formalizzata soltanto alla fine del secolo, con il celebre *arrêt Cadot* — quando il Consiglio svelerà infine il vero senso della sua politica, eliminando la figura-paravento del Ministro-giudice, ed esigendo semplicemente che il privato abbia esaurito la via del ricorso interno prima di adire la giurisdizione amministrativa vera e propria⁽³⁷⁾ — in parte è ancora prematura per esser ben accetta alla realtà politica francese della prima metà del secolo, ed in parte forse stenta ad esser messa a fuoco dagli stessi giuristi: per i quali è in definitiva del tutto pacifico che il Consiglio di Stato, organo consultivo immediato del Capo dello Stato quando questi esercita la sua giustizia ritenuta, possa essere adito soltanto *dopo* che una qualche autorità inferiore si è già pronunciata sull'affare, lasciando insoddisfatto il ricorrente⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Da qui la regola, ancora fondamentale nel diritto amministrativo francese, della « *décision préalable* », come condizione di ricevibilità di un ricorso diretto al Consiglio di Stato (confermata dalla legislazione più recente in materia, nel 1956 e nel 1965: cfr. per tutti PACTEAU, *Contentieux administratif*, pp. 131-138).

⁽³⁸⁾ Invero, nessun testo legislativo o dottrinale francese d'inizio Ottocento sembra prendere posizione su questo problema, se cioè il Consiglio di Stato si debba o no considerare come un giudice di primo ed unico grado per tutte le materie non attribuite espressamente ai Consigli di Prefettura. I giuristi di quest'epoca, messi di fronte ad una domanda diretta in tal senso, avrebbero probabilmente giudicata mal posta la questione. Il Consiglio, difatti, non era per loro né giudice di primo grado né giudice d'appello (salvo, naturalmente, per le materie di cui giudicavano anche i Consigli di Prefettura), ma semplicemente il consigliere supremo del principe in tutte le questioni contenziose portate di fronte a lui. Siccome, però, era assolutamente ovvio e naturale che, prima di giungere al re come « *chef de l'administration générale* », la domanda avesse costituito l'oggetto di una o più precedenti pronuncie da parte delle autorità di grado inferiore, dalle quali il ricorrente non aveva ottenuto ciò che chiedeva, il Consiglio non veniva mai a conoscere di una certa questione prima che qualche altro organo amministrativo non si fosse già pronunciato. Questo è ciò che si evince dal primo esauriente studio a carattere sistematico sulla giurisprudenza del Consiglio (STREY, *Du Conseil d'Etat*, cit., pp. 237-378): in nessun caso, tra i nove tipi di contenzioso individuati da questo autore, il Consiglio sembra trovarsi a conoscere di un reclamo immediatamente diretto contro un atto di amministrazione attiva, ma giudica sempre di un ricorso avverso una precedente decisione.

Ci siamo un po' dilungati su questi assai noti sviluppi del sistema francese perché crediamo che, nella lamentata assenza di ricerche specifiche sulla prassi del Consiglio nostrano, essi possano gettare qualche filo di luce anche sulle possibili evoluzioni subite dalla competenza di quest'ultimo nell'arco del medesimo periodo.

Al pari che in Francia, anche da noi il Consiglio del 1805 si presentava come autorità giudicante, in grado d'appello, delle controversie decise in primo grado dai Consigli di Prefettura; e come in Francia risultava titolare di una più ampia ma non meglio precisata cognizione su « tutti gli affari contenziosi » (art. 29 n. 1 del Terzo Statuto). Come in Francia, quindi, non poteva non porsi anche nel Regno l'esigenza di definire meglio il rapporto tra l'area di competenza del Consiglio e quella spettante alle altre autorità dell'Amministrazione.

Tale fu appunto lo scopo essenziale del tentativo di riforma del 1812; dai cui lavori preparatori si ricava in effetti la sensazione che l'autonomia funzionale del giudice amministrativo a fronte delle autorità dell'amministrazione attiva non fosse ancora, nel Regno, un fenomeno così generalizzato come si può credere stando alla nuda lettera del Terzo Statuto, e che vi fossero invece molti momenti di commistione e sovrapposizione tra le attribuzioni dell'uno e delle altre.

Dimostrare questa tesi, naturalmente, nel vuoto pressoché totale di studi su questa materia istituzionale, richiederebbe una lunga ricerca *ad hoc*, che travalica i limiti del nostro lavoro sul pensiero romagnosiano. Ci limitiamo quindi ad indicare qualche esempio particolarmente evidente.

a) Abbiamo visto come nel Regno mancasse una norma corrispondente all'art. 14 del decreto francese 11 giugno 1806, che attribuiva espressamente al Consiglio di Stato la cognizione sui contratti stipulati dai Ministri per forniture o lavori relativi ai rispettivi dicasteri. Dalla giurisprudenza pubblicata sul *Giornale* non si riesce ad evincere come si atteggiasse effettivamente la prassi — ovvero in che misura la competenza sulle controversie correlative fosse esercitata dal giudice ordinario, dalle autorità dell'amministrazione attiva o dal Consiglio di Stato —.

Il fatto che, però, nel 1812 si sia tentato di introdurre una specifica norma che « concentrasse nel Consiglio di Stato il giudizio esclusivo sulle controversie preaccennate, togliendolo così ai Ministri, come ai Tribunali »⁽³⁹⁾, potrebbe significare che, come in Francia prima del 1806, una parte di questo contenzioso contrattuale, sottratto all'autorità giudiziaria, fosse appunto conosciuta dai Ministri⁽⁴⁰⁾.

b) Un'altra competenza contenziosa che di sicuro non fu mai *esclusivamente* riservata al Consiglio fu la cognizione sulle controversie relative alla liquidazione del debito pubblico, in prima istanza interamente spettante — su ricorso del privato avverso la decisione della Direzione del Debito pubblico — al Ministro delle Finanze, « che occorrendo — ci informa Melchiorre Roberti — poteva deferire la questione al Consiglio di Stato »⁽⁴¹⁾.

c) Nel 1806, del resto, il Ministro Prina, sotto il pretesto di regolamentare la trattazione del contenzioso relativo al suo Ministero, aveva stabilito disinvoltamente, con un suo autonomo ed apparentemente innocuo decreto, che « le cause ed affari ai quali sia

⁽³⁹⁾ Si tratta di un progetto concomitante ma distinto rispetto agli altri due sui Consigli di Prefettura e sulla procedura dei giudizi amministrativi in Consiglio di Stato. Esso fu presentato a Eugenio da Luosi il 3 aprile 1812, e dal Vicerè poi rinviato all'esame del Consiglio legislativo (l'originale manoscritto in ASMi, *Giustizia civile P.M.*, cart. n. 15, fasc. 18). Nel *Bollettino delle Leggi* non si trova pubblicato alcun testo legale corrispondente a questa proposta: dal che si desume che essa abbia incontrato la stessa infausta sorte toccata agli altri due più importanti progetti coevi.

⁽⁴⁰⁾ Si noti, d'altronde, che anche dopo il 1806 in Francia i Ministri continuarono ad esercitare una cognizione « en premier ressort » sulla materia contrattuale, che non veniva affatto avvertita come incompatibile col disposto dell'art. 14 del decreto 11 giugno 1806, bensì presentata come una naturale manifestazione dell'insopprimibile contiguità tra amministrare e giudicare (cfr. per tutti F. LAFERRIÈRE, *Cours*, cit., p. 609; DUFOUR, *Droit administratif*, cit., t. I, p. 42 e t. III, p. 542).

⁽⁴¹⁾ *Milano capitale napoleonica*, cit., vol. II, p. 419. La perdita dell'archivio del Monte Napoleone, da cui Roberti aveva desunto l'esistenza appunto di questi particolari procedimenti contenziosi in tema di debito pubblico, ci impedisce purtroppo di meglio conoscere in che modo si articolasse specificamente questo rapporto tra la pronuncia ministeriale e quella del Consiglio di Stato.

interessato il Ministro delle Finanze » dovessero essere tutte riservate alla cognizione del Ministro stesso, il quale le decideva con proprio decreto, « su proposta del Direttore generale del ramo cui si riferisce l'oggetto della causa » (42). Contro la decisione del Ministro — prosegue il testo — « il reclamo che le parti fossero per interporre sarà presentato direttamente a S.A.I. il principe Vice-Re ». Pur non essendo dunque perfettamente chiaro il valore di quest'ultima clausola — la quale sembrerebbe addirittura prefigurare uno scavalco del Consiglio in sede contenziosa a favore di un ricorso in via puramente amministrativa al sovrano — è certo che il Ministro non è stato qui neppure sfiorato dall'idea che l'art. 29, n. 1, del Terzo Statuto abbia potuto intendere di trasferire in blocco la conoscenza di tutto il contenzioso materiale ad un organo *ad hoc*, sottraendola ai capi gerarchici dell'Amministrazione, i quali al contrario continuano a sentirsene i naturali titolari (43). Altrimenti non si comprende come egli abbia potuto credersi autorizzato a derogare, con un semplice decreto a sua firma, all'esplícito dettato di una norma costituzionale.

Se da questi due o tre 'assaggi', non è lecito neppure ipotizzare alcuna conclusione sul reale atteggiarsi della cognizione del Consiglio di Stato, essi sono però sufficienti a segnalarci l'esistenza di un problema che non si può ignorare, a dispetto dell'apparente nettezza delle formule costituzionali istitutive del contenzioso: quello, cioè, degli originari margini di sovrapposizione tra

(42) Così il decreto ministeriale 22 marzo 1806, art. 7 (in *Boll. delle Leggi*, 1806, n. 4, p. 141). Dal tenore del testo, pare escluso che esso possa riferirsi a materie 'non contenziose' o di 'pura amministrazione', visto che esso si preoccupa proprio di derogare esplicitamente al decreto reale 20 ottobre 1805, disciplinante appunto la procedura delle cause di pubblica amministrazione davanti al Consiglio di Stato.

(43) Si noti, in particolare, la singolare ampiezza della formula usata dal Ministro per definire la propria area di competenza contenziosa riservata: gli affari a cui egli può essere « interessato » corrispondono infatti ad una latitudine assai ampia (dalle controversie sulle imposte a quelle sui beni nazionali — le quali ultime, non dimentichiamolo, essendo escluse dalla competenza dei Consigli di Prefettura, si trovavano in una posizione ideale per essere 'attratte' entro l'orbita degli organi dell'amministrazione attiva —, da quelle sulle tasse o sui « diritti uniti » fino al contenzioso sull'utilizzazione dei boschi).

le competenze degli organi amministrativi para-giurisdizionali e degli amministratori attivi (44).

4. Non è nostro compito accertare quale fosse, nella prassi del Regno, l'equilibrio effettivamente raggiunto in ogni specifico settore tra organi del contenzioso ed amministratori attivi (45). Il rapidissimo sondaggio delle pagine precedenti ha il solo significato di indicare l'esistenza di un problema che il diritto positivo non aveva ancora consapevolmente affrontato e risolto, e di segnalare

(44) Anche se certamente il legislatore aveva inteso, per parte sua, di attuare una distinzione quanto più possibile netta tra il contenzioso amministrativo e la cognizione dei reclami amministrativi in via 'graziosa' o gerarchica. Si tenga conto, in particolare, del fatto che la normativa del periodo repubblicano, analogamente a quella del periodo consolare in Francia, sembrava escludere nettamente la figura del *Ministre-juge*: cfr. soprattutto, oltre ai già menzionati decreti del 1803 (in cui è palese la volontà di separare rigidamente le due sfere), l'art. 15 della legge 24 luglio 1802 « Sull'organizzazione delle autorità amministrative »: « in caso di gravame o di ritardata provvidenza per parte del Prefetto, si ricorre direttamente ai Ministri, se l'affare sia puramente amministrativo, e al Consiglio legislativo, se si tratti di questi di pubblica amministrazione ». L'apparente univocità di questa norma era tuttavia offuscata, in pratica, sia dal fatto che gli stessi ricorsi in Consiglio di Stato venivano inoltrati tramite i Ministeri — in modo tale da lasciare quindi spazio ad una deliberazione del merito da parte del Ministro —, sia dalla obbiettiva ambiguità del termine « questioni di pubblica amministrazione ». Ogni volta che vi fossero dei dubbi sulla natura della controversia, è abbastanza naturale pensare che il privato abbia cercato intanto di ottenere giustizia ricorrendo al superiore gerarchico ed ai suoi onnicomprensivi, indubitati poteri d'annullamento, e che solo in caso di diniego ricevuto da questi si sia deciso a tentare la più incerta strada del ricorso al Consiglio.

(45) Il *Giornale*, del resto, non è in grado di apportare validi contributi alla soluzione di questo problema, visto che esso pubblica la sola giurisprudenza del Consiglio relativa ai conflitti di attribuzione, e che, come sappiamo, quest'ultimo non specifica mai, in tale sede, quale sia l'autorità amministrativa competente specificamente a conoscere di un affare sottratto al giudice ordinario. La costante assenza di un rinvio delle parti davanti a sé medesimo, tuttavia, che sembrerebbe abbastanza naturale nel caso che il Consiglio si ritenesse giudice in primo ed unico grado di tutto il contenzioso, avvalorata la sensazione che esso ritenesse di poter prendere conoscenza delle controversie amministrative solo dopo che altre autorità facenti capo al potere esecutivo si fossero precedentemente espresse nel merito.

come, sul piano teorico, le possibili soluzioni per pervenire alla costruzione di un giudice amministrativo di diritto comune fossero in sostanza le medesime già indicate per il caso francese. O si legge l'art. 29 n. 1 come se contenesse un'attribuzione generale di competenza in primo ed unico grado al Consiglio di Stato su tutti gli affari *materialmente* contenziosi di cui il giudice ordinario non può conoscere e che non restino specificamente assegnati ad altre autorità amministrative; o si interpreta tale norma come se fondasse una competenza generale, sì, ma solo sulle impugnazioni di precedenti decisioni rese in sede di ricorsi interni, e dunque facendo del Ministro il giudice di diritto comune in primo grado di tutto il contenzioso; ovvero infine si attribuisce tale carattere ai Consigli di Prefettura, venendo così ad estendere correlativamente la corrispondente competenza del Consiglio di Stato in grado d'appello.

Ciascuna di queste soluzioni implica un superamento della nozione puramente formale di « *matières contentieuses* » caratteristica della prima fase dell'età napoleonica: verso quale di esse si veniva orientando la prassi amministrativa del Regno? Allo stato delle ricerche non è dato saperlo. Né il *Giornale* di Romagnosi ci può essere qui di vero aiuto, giacché come sappiamo egli non pubblica nemmeno una delle decisioni *ex art.* 29 n. 1.

Il nostro autore, tuttavia, presentando panoramicamente le varie competenze del Consiglio di Stato all'inizio del primo tomo della rivista, ci offre due importanti indicazioni sull'interpretazione dell'art. 29 n. 1, che coincidono perfettamente con la linea ispiratrice del progetto del 1812. Egli innanzitutto descrive nel modo seguente la consistenza che il concetto di « *matières contentieuses* » è venuto assumendo nell'ambito dell'ordinamento del Regno: « tanto le materie su cui pronunciano i consigli di prefettura, quanto le materie sulle quali cadono le decisioni, o ordinazioni delle direzioni amministrative, o dei ministri allorché in grado di appello vengono portate al re, e per di lui ordine discusse nel consiglio di stato per essere, e quanto all'ordine, e quanto al merito, decise in ultima istanza col reale decreto, cadono sotto la sfera del *contenzioso amministrativo*. A queste si aggiungono le cause sulle *prede* marittime, le quali, assoggettate prima ad una commissione provvisoria, oggi poi ad un consiglio, vengono portate in grado d'appello e definite

nel consiglio di stato » (46). In primo luogo, dunque, il Consiglio di Stato è presentato, sì, come un giudice di diritto comune di tutto il contenzioso, ma limitatamente al giudizio « in grado di appello »: ciò è per il nostro autore così ovvio che egli non spende nemmeno una parola per chiarire come mai l'art. 29 n. 1 debba essere interpretato in questo modo (da questo punto di vista, quindi, egli si allinea esattamente con la *opinio communis* della dottrina francese coeva). Secondariamente, il lessema « in grado di appello » viene qui usato in maniera palesemente impropria — il che desta sospetti legittimi, in un giurista così scaltrito come Romagnosi —: esso, infatti, risulta appropriato finché è riferito ai Consigli di Prefettura o al Consiglio delle prede, cioè ad organi di natura para-giurisdizionale come lo stesso Consiglio di Stato, ma stona fortemente quando è usato in relazione all'attività di un organo dell'amministrazione attiva, come una direzione amministrativa o un Ministro. Ciò può avere un solo significato: che anche nel Regno d'Italia ci si stava grosso modo muovendo lungo la stessa direttrice imboccata dall'esperienza francese. Il concetto di « contenzioso » tende cioè ad assumere una natura sostanziale (« tout ce qui est contestable » nell'ambito amministrativo); ma come corrispettivo di questa lettura culturalmente aperta dell'art. 29 n. 1 se ne ricava per forza di cose la parificazione più o meno fittizia dei Ministri a veri e propri giudici di primo grado, contro le pronunce dei quali è ammesso un ricorso « in grado d'appello » in Consiglio di Stato.

Fotografando questo tipo di assetto, Romagnosi non fa mistero delle preoccupazioni che esso desta in lui, e soprattutto delle palesi contraddizioni che esso rivela rispetto agli originarii principii

(46) GGU, t. I, pp. 19-20. Il Consiglio delle prede di cui si parla in questo testo era un organo amministrativo para-giurisdizionale istituito con decreto 1 luglio 1811 al posto della precedente Commissione provvisoria delle prede; ad esso erano demandati i giudizi sulla legittimità delle prede conquistate dai corsari del Regno, e sul riparto del relativo bottino (ROBERTI, *Milano capitale napoleonica*, cit., pp. 311-312). Inoltre, da quando sarà introdotta anche nel Regno, col 1812, una Corte dei Conti di modello francese, il Consiglio conoscerà anche dei ricorsi per soli motivi di legittimità contro le pronunce di quest'ultima, presentandosi quindi in tale veste come un giudice dai poteri cassatorii in ultimo grado.

formalizzati dal legislatore napoleonico e presentati come la grande bandiera del nuovo sistema amministrativo. « Prima della costituzione dell'anno VIII — rileva egli proprio in una nota al passo citato — i ministri univano in Francia la gestione amministrativa coll'esercizio della *giustizia* pure *amministrativa*. Ma col regolamento 5 nevoso anno VIII, art. 11, fu loro tolto questo esercizio, e fu collocato nel Consiglio di Stato, e dall'altra parte furono creati tribunali amministrativi, di prima istanza, cioè i Consigli di prefettura. Oltre ciò, in sussidio della giustizia amministrativa posta nel Consiglio di Stato, fu creata la commissione del contenzioso » (47). Il sistema della giustizia amministrativa dovrebbe perciò presentarsi come perfettamente chiuso ed autonomo rispetto all'amministrazione attiva, giusta quel famoso principio coniato da Roederer, e ripetuto da Napoleone stesso in Italia, nel maggio del 1805, « administrer doit être l'affaire d'un seul homme, juger de plusieurs », che Romagnosi non cessa di ricordare continuamente sia nel *Giornale* che nei *Principj* (48). La realtà istituzionale effettiva, invece, come egli rievcherà anni dopo e non senza amarezza nella *Monarchia costituzionale*, è stata quella di un'Amministrazione che troppo spesso ha continuato a presentarsi come « giudice e parte » insieme (49), senza riuscire a scindere il momento della cura degli interessi degli amministrati da quello della cognizione sui loro reclami « in linea di giustizia ».

Se a questa filosofia generale non fa seguito, nell'opera del nostro autore, una specifica presa di posizione sul terreno propositivo, meritano, però, ancora una volta di esser sottolineate le forti analogie tra la sua dottrina generale e il progetto di riforma dei Consigli di Prefettura elaborato nel 1812. I promotori di questo provvedimento, infatti, si proponevano — con un'iniziativa che non trova alcun riscontro nell'esperienza giuridica francese — di identificare appunto nei Consigli i giudici di diritto comune in primo grado di tutto il contenzioso amministrativo, attuando una separazione estremamente rigorosa tra amministrazione attiva e giurisdizione amministrativa.

(47) GGU, t. I, p. 19.

(48) Cfr. ad es. GGU, t. II, p. 334 nota a; *Prolegomeni*, in EDG, vol. VII, parte II, p. 1382; PFDA, p. 59.

(49) MR, p. 7.

La tecnica dell'enumerazione, beninteso, non veniva affatto abbandonata dal progetto, che anzi sviluppava la scarna lista delle materie già indicate dal decreto 8 giugno 1805 aggiungendovi non a caso parecchie delle fattispecie litigiose di cui il Consiglio di Stato aveva dovuto conoscere in sede di conflitti di attribuzione negli anni precedenti: dalle controversie sui beni demaniali (limitatamente però a quelle sorte sugli atti dispositivi della proprietà degli stessi, proprio come aveva insegnato Romagnosi)⁽⁵⁰⁾ a tutte quelle relative alle imposte dirette (che in parte le leggi del Regno ancora attribuivano ai tribunali ordinari)⁽⁵¹⁾, dai litigi in materia di strade pubbliche e comunali⁽⁵²⁾ alle « differenze » tra i privati e l'Amministrazione « intorno alla validità, intelligenza od esecuzione » dei contratti di forniture militari (era stato appunto dalle incertezze sulla competenza amministrativa o giudiziaria in questa materia che aveva preso l'avvio il progetto stesso di riforma)⁽⁵³⁾, dalle « questioni e difficoltà » in tema di industrie insalubri e pericolose a quelle « riguardanti il modo di usare dei boschi dello Stato »⁽⁵⁴⁾.

Al termine di questa minuziosa elencazione, tuttavia, il legislatore inseriva due articoli di grande rilievo, concepiti come norme generali di chiusura: « sono generalmente di competenza dei Con-

⁽⁵⁰⁾ Art. 9 del progetto.

⁽⁵¹⁾ Art. 8. Nonostante, infatti, che l'art. 9 del decreto 8 giugno 1805 attribuisse ai Consigli di Prefettura la cognizione « sopra le difficoltà che nascessero tra i contribuenti per l'esecuzione dei regolamenti censuarij », il contenzioso relativo ai rapporti tra contribuenti e ricevitori — in quanto successivo all'atto d'imposizione — era lasciato al giudice ordinario, secondo la tradizionale dottrina fiscalistica: con questa norma, invece, il legislatore avoca alla giurisdizione amministrativa anche tale categoria di controversie.

⁽⁵²⁾ Art. 4. La materia della *voirie* era un'altra di quelle che il legislatore del 1805 aveva 'dimenticato' di tradurre dal modello originale della legge francese 28 piovoso.

⁽⁵³⁾ Art. 11. Si tratta di una fattispecie diversa da quella del contratto stipulato da un Ministro (che come abbiamo visto il legislatore affida direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato), giacché qui si tratta invece di convenzioni « tra i Consigli d'Amministrazione dei corpi militari o la Direzione d'abbigliamento ed equipaggio delle truppe, ed i fabbricatori, commercianti e fornitori ». Si noti come, in questo caso, la competenza amministrativa non sia limitata al solo giudizio sulla validità ed interpretazione, ma investa anche l'esecuzione del contratto ed in particolare la « qualità degli oggetti somministrati ».

⁽⁵⁴⁾ Artt. 3 e 10.

sigli di Prefettura tutte le controversie d'amministrazione pubblica nel Dipartimento, le quali non siano espressamente demandate ad altra Autorità giudiziaria od amministrativa » (art. 12); « oltre le preindicate sono controversie d'amministrazione pubblica tutte quelle nelle quali vi è opposizione d'interessi tra lo Stato e il privato in materie regolate dalle leggi civili, per la decisione delle quali occorra di conoscere della validità, intelligenza od esecuzione di una decisione, determinazione, o di un fatto qualunque dell'Autorità amministrativa » (art. 13). Si tratta, com'è chiaro, della già citata formula di Locré, alla quale infatti il redattore dei « Motivi » si richiama esplicitamente. Tale clausola, capace di determinare esattamente in linea teorica l'ampiezza del contenzioso sia rispetto all'amministrazione pura, in cui vigono non diritti ma semplici interessi, sia rispetto alla sfera di competenza giudiziaria, viene dunque assunta qui per fissare direttamente la competenza residuale dei Consigli di Prefettura, consacrando il loro ruolo di tribunali amministrativi ordinari di prima istanza non solo nei confronti dell'autorità giudiziaria, ma anche « delle altre Autorità amministrative nell'estesissima loro suddivisione e ramificazione ». È proprio citando direttamente la dottrina del *Giornale di Giurisprudenza Universale* che il legislatore del 1812 rileva l'assoluta illegittimità di ogni intrusione degli amministratori attivi nel giudizio degli affari contenziosi: « S.M. nell'alta sua sapienza ha proclamato il principio giustissimo che *l'amministrare è il fatto di un solo; il giudicare è il fatto di molti*. Analogamente al principio medesimo, dietro la Costituzione dell'anno VIII fu creato il Consiglio di Stato, e furono pure creati i Consigli di Prefettura colla rammentata Legge 28 piovoso anno VIII, che, come si è detto, sono i Tribunali amministrativi di prima istanza. Dopo questo nuovo ordine di cose sembra che la giurisdizione contenziosa amministrativa non possa più risiedere nei soli Prefetti, molto più che coll'art. 11 del Regolamento 8 [*sic*, ma 5] nevoso anno VIII fu questa giurisdizione tolta agli stessi Ministri e concentrata nel Consiglio di Stato » ⁽⁵⁵⁾.

L'operazione tentata nel 1812, dunque, deve essere apprezzata come un tentativo consapevole di spostare l'evoluzione istitu-

⁽⁵⁵⁾ *Motivi*, cit., p. 11.

zionale del Regno dal solco entro il quale essa sembrava avviata (corrispondente grosso modo all'assetto che la giustizia amministrativa andrà ad assumere nel corso dell'esperienza francese, caratterizzato da una forte integrazione tra giurisdizione amministrativa ed amministratori attivi), verso un equilibrio corrispondente all'ultima delle tre soluzioni teoricamente possibili sopra descritte; quella, cioè, che confermando il Consiglio di Stato nel suo ruolo di giudice d'appello, istituisce una competenza generale di primo grado a favore dei Consigli di Prefettura, sviluppando al massimo le premesse liberali implicite nelle istituzioni del Consolato decennale.

5. Il fallimento della riforma del '12, che se riuscita avrebbe rappresentato il coronamento istituzionale dell'opera di critica giurisprudenziale avviata dal Nostro, rende impossibile apprezzare retrospettivamente il grado d'incidenza delle sue idee sugli ambienti legali del tempo. Com'è stato giustamente sottolineato, la stessa precoce caduta del Regno ha impedito a Romagnosi di lasciare una scuola dietro di sé⁽⁵⁶⁾: con la conseguenza che ogni ipotesi sulla sua fortuna amministrativistica nel corso dell'Ottocento riesce incerta o addirittura gratuita.

Quel successo, tuttavia, che Romagnosi non ebbe tempo di cogliere nell'arco della breve vita del Regno, lo otterrà però indirettamente con la sua dottrina, contribuendo con ogni probabilità ad ispirare in misura non secondaria la costruzione di un moderno sistema del contenzioso nel Regno delle Due Sicilie, che tra gli Stati italiani preunitari fu quello più capace di rielaborare l'esperienza istituzionale francese in modo originale ed avanzato⁽⁵⁷⁾.

La nota legge 21 marzo 1817, che resta senz'altro il testo normativo più accurato tra tutti quelli disciplinanti i nostri contenziosi ottocenteschi, si modella evidentemente sul sistema d'oltralpe; ma al tempo stesso lo supera, seguendo una filosofia identica a quella che sta alla base del disegno lombardo del '12. Sia qui che là si punta ad eliminare ogni interconnessione tra giustizia am-

⁽⁵⁶⁾ GIANNINI, *Profili storici*, cit., p. 217.

⁽⁵⁷⁾ Sul punto cfr. ora per tutti FEOLA, *La monarchia amministrativa*, cit., p. 173 ss.

ministrativa ed amministrazione attiva, creando una struttura di organi in duplice grado competenti a conoscere i conflitti di pretese tra privati ed Amministrazione, ad esclusione tanto del giudice ordinario, come della gerarchia amministrativa⁽⁵⁸⁾. E sia qui che là, soprattutto, si tende a codificare un sistema di regole generali per la determinazione della competenza del giudice amministrativo, secondo un *habitus* intellettuale del tutto estraneo alla prassi francese, che affida completamente la soluzione del problema alla propria giurisprudenza.

Sul piano contenutistico, poi, la possibilità di un sensibile influsso romagnosiano appare assai plausibile, se si pensa che la riforma del legislatore napoletano è ancora antecedente a tutte le grandi opere della dottrina francese — dagli *Eléments* di Macarel alle *Questions* di Cormenin, allo stesso *Conseil d'Etat* di Sirey —: le quali d'altra parte, non si proponevano tanto d'individuare chiaramente un criterio generale d'attribuzione dogmaticamente fondato e coerente, quanto di estrapolare dalla giurisprudenza del loro Paese alcuni principii di riparto relativi a settori omogenei di materie⁽⁵⁹⁾.

Il legislatore del '17, invece, ha sott'occhio press'a poco la stessa letteratura ben nota al nostro autore: Merlin, Locré, l'Henrion de Pansey de *L'Autorité judiciaire en France*, i commenti giurisprudenziali di Sirey —, nonché, naturalmente, lo stesso Romagnosi del *Giornale* e dei *Principi*, che di quella letteratura aveva saputo fornire una sintesi efficace e precisa. Non stupisce perciò di ritrovare all'interno della legge del '17 tutti i materiali che l'esperienza lombarda ci ha reso familiari, ma 'montati' ora in un sistema coerente di clausole coordinate.

Il limite più generale della competenza contenziosa dei nuovi organi è indicato, proprio come in Romagnosi e in Locré, nel carattere intrinsecamente 'pubblico' di tutta l'attività amministrativa avente ad oggetto le « cose non possedute a titolo di proprietà da alcuno » o le « istituzioni dirette a conservare l'integrità e la

(58) Una analisi estremamente particolareggiata di questo testo di legge in LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie*, cit., t. II, p. 938 ss.

(59) KOEHLIN, *Compétence*, cit., p. 280 ss.

destinazione di esse »⁽⁶⁰⁾; è solo come condizione ulteriore che la legge richiede un *interesse* diretto o indiretto dell'Amministrazione secondo il suggerimento proveniente appunto dalla giurisprudenza d'oltralpe e dalla già esaminata dottrina romagnosiana. « Cionondimeno — prosegue l'art. 5 della legge 17 marzo — non potranno mai appartenere alle autorità incaricate del contenzioso amministrativo, ancorché vi sia interessata l'amministrazione pubblica e lo Stato:

1) l'esame e il giudizio delle azioni tendenti a revindicare la proprietà » (salvo che per le strade ed acque pubbliche, che in quanto beni demaniali non sono suscettibili di privata appropriazione);

2) lo stato delle persone;

3) « le azioni civili di qualsiasi natura finché non cada in questione la validità, la legittimità o la interpretazione di un *atto dell'amministrazione pubblica* ».

Esclusa la sufficienza dell'interesse amministrativo, delimitati gli « oggetti d'amministrazione pubblica », la legge napoletana introduce, con l'atto soggettivamente amministrativo, il terzo elemento d'individuazione della competenza contenziosa, pur presentandolo in una forma un po' involuta (meglio sarebbe stato costruirlo direttamente come elemento della competenza amministrativa, piuttosto che come deroga ad una riserva a favore dell'autorità giudiziaria). Coerentemente con questa interpretazione, tutta la materia contrattuale viene sottratta al sindacato del giudice ordinario, seguendo lo stesso discrimine indicato da Romagnosi; ovvero riservando agli organi del contenzioso la competenza su validità, legittimità, interpretazione dei contratti « riguardanti l'interesse pubblico e che sono fatti da funzionari pubblici » (esclusi sicuramente i contratti dei Comuni e forse anche gli atti di disposizione del patrimonio privato); mentre all'autorità giudiziaria resta la competenza sullo svolgimento del rapporto⁽⁶¹⁾. Tali norme si ap-

⁽⁶⁰⁾ Art. 3 legge cit.

⁽⁶¹⁾ Tale interpretazione è consapevolmente accolta dalla dottrina (F. DIAS, *Corso completo di diritto amministrativo, ovvero esposizione delle leggi relative all'amministrazione civile e al contenzioso amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1854, vol. I, p. 379).

plicano in particolare ai contratti di forniture militari ed ai contratti d'appalto per lavori pubblici, che la legge menziona specificamente in seguito ⁽⁶²⁾; viceversa, e sempre in ossequio all'intangibilità dell'atto amministrativo, il contenzioso fiscale si ripartisce come in Francia, a seconda che versi in materia d'imposte dirette o indirette.

Al di là, del resto, delle formule legislative, ciò che più colpisce è la presenza costante della dottrina romagnosiana nella lettura e nelle ricostruzioni che di quella normativa seppero offrire, nei decenni seguenti, i giuristi meridionali: i concetti di « amministrazione » e di « atto amministrativo » su cui si fonda la clausola d'attribuzione legale, vengono ripresi alla lettera dal testo dei *Principj* da parte di autori come Pasquale Liberatore — nel suo *Dizionario legale* ⁽⁶³⁾ — o come Nicola Comerci, il quale arriva addirittura ad offrire, nel *Corso di diritto amministrativo per lo Regno delle Due Sicilie*, una vera silloge dell'opera romagnosiana ⁽⁶⁴⁾. Ancora oltre la metà del secolo un autore dalla indubbia competenza come Francesco Dias non trovava di meglio, per fissare l'essenza del contenzioso amministrativo, che utilizzare la vecchia clausola d'attribuzione di Loqué già tradotta a suo tempo da Romagnosi: un affare è di competenza amministrativa ogni qual volta « la controversia cade sopra obbligazioni o diritti, i quali tutti che di loro natura regolati dalle leggi civili, nascono dal fatto dell'amministrazione pubblica, ossia da un atto amministrativo » ⁽⁶⁵⁾.

6. La proposta di Romagnosi, e quella dei legislatori che più o meno direttamente trassero alimento dal suo pensiero, si pone, rispetto alla successiva storia della giustizia amministrativa del nostro Paese, come un germoglio che non ha avuto modo di lignificare.

⁽⁶²⁾ Come in Francia, fanno però eccezione i contratti stipulati dai Ministri, che l'art. 14 della legge 29 maggio 1817 riserva alla competenza esclusiva della Corte dei Conti anche per quanto riguarda la loro esecuzione.

⁽⁶³⁾ Pubblicato a Napoli nel 1836 (cfr. soprattutto pp. 44 e 119).

⁽⁶⁴⁾ L'opera, pubblicata anch'essa a Napoli nel 1836, annovera il nome di Romagnosi già nel suo sottotitolo, accanto ad autori della statura di De Gérando e di Foucart.

⁽⁶⁵⁾ *Corso completo*, cit., vol. I, p. 61.

Dopo la precoce fine dell'esperienza napoleonica, la Lombardia austriaca torna al giudice unico. Negli altri Stati preunitari, è vero, gli organi del contenzioso amministrativo impiantati dai francesi vengono in genere mantenuti, anche se non nelle forme perfezionate caratteristiche del sistema napoletano; ma attorno ad essi non riesce a consolidarsi una dottrina abbastanza autorevole da impedire la grande svolta del 1865, quando il legislatore, facendo proprie le vecchie ragioni a favore della giurisdizione unica, deciderà la soppressione dei tribunali amministrativi, dichiarando competente l'autorità giudiziaria a pronunciarsi sulla lesione di qualsiasi « diritto civile o politico » compiuta dalla pubblica Amministrazione.

Qualunque fossero esattamente le intenzioni dei legislatori postunitari, il loro progetto andrà incontro al fallimento che tutti sanno, infrangendosi su quegli scogli della separazione dei poteri di cui la dottrina amministrativistica francese aveva da sempre avvertito tutta l'imprescindibile coerenza. Il risultato fu quello di bruciare completamente la possibilità di un sindacato sul ' rapporto giuridico ' tra cittadino ed amministrazione (intendendo con ciò un rapporto formalmente caratterizzato da una reciprocità di diritti e di obblighi, e tale dunque da dar luogo ad una tendenziale equiparazione delle parti in sede processuale), e di rendere necessaria, nell' '89, l'introduzione di un nuovo giudice amministrativo; il quale, però, sarà ormai condannato ad apprezzare soltanto la legalità oggettiva dell'atto, senza che il suo sindacato possa porsi, come in Francia, quale naturale complemento di una giurisdizione soggettiva.

La centralità che ha avuto nella nostra storia istituzionale la riforma del 1865 ci suggerisce pertanto di rievocare, a mo' di conclusione, l'ultima battaglia che il nostro autore si trovò idealmente a sostenere proprio nel corso dei dibattiti parlamentari sulla legge abolitrice del contenzioso, nel giugno del 1864, in un clima culturale dominato da una diffusa ostilità nei confronti dei modelli istituzionali degli Stati preunitari e percorso da un vento di liberalismo intransigente.

Tutti i dotti interventi dei deputati impegnati nel dibattito sono pieni zeppi di riferimenti espliciti alla dottrina francese, che offre molti nomi illustri da impiegare pro o contro alla proposta del Governo: ma l'unico amministrativista italiano espressamente

citato dagli oratori è appunto il nostro Romagnosi, che ancora a quell'epoca veniva evidentemente ritenuto il solo personaggio capace di resistere al confronto dei giuristi d'oltralpe.

Non stupisce allora che il grande intervento del deputato Cordova, principale esponente, in quella sede, dell'opinione contraria al progetto di legge, riservi un posto d'onore alla dottrina romagnosiana, di cui parafrasa efficacemente il nocciolo centrale nel modo seguente: « ovunque era la persona pubblica che faceva atti di autorità pubblica sopra cose non possedute da nessuno a titolo di privata proprietà, ivi era giurisdizione amministrativa. E quante volte questi atti involvevano un diritto privato minore, la giurisdizione amministrativa non perciò doveva essere deviata, atteso l'interesse maggiore dell'utilità generale, perché non vi fosse giammai confusione tra l'ordine giudiziario ed amministrativo »⁽⁶⁶⁾. È chiaro come l'espressione « atti di autorità pubblica », che segna il perimetro della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria, sia ancora usata da Cordova nel senso ampio e 'teleologico' già tipico del linguaggio romagnosiano, ad indicare in generale ogni manifestazione di volontà imputabile al soggetto pubblico indirizzata a conseguire il bene comune, e non soltanto quei comportamenti caratterizzati da un dichiarato potere di comando.

Completamente diversa, invece, ed ormai intimamente falsata, è la lettura del pensiero romagnosiano che viene ad offrire Stanislao Mancini, presentatore della legge e contraddittore di Cordova. Giudicando evidentemente il nome di Romagnosi come troppo autorevole per essere abbandonato ai fautori della tesi contraria alla sua, egli si impegna a dimostrare che, contrariamente a certe apparenze, Romagnosi non ha mai voluto veramente sottrarre alla competenza giudiziaria tutte le controversie con l'Amministrazione pubblica in cui si facesse questione di un « diritto civile e politico »: e ne attinge la prova dalla nota massima romagnosiana, che identifica lo scopo dell'attività amministrativa nell'« ottenere la maggior somma di *sicurezza* e di *prosperità* pubblica, salvi sempre i diritti della privata libertà e proprietà ». Rovesciando completamente il pensiero originale del Nostro, Mancini porta disinvolta-

(66) *Atti del Parlamento italiano*, Roma, 1898, VIII legislatura, vol. VII, sessione 1863-64, tornata 9 giugno 1864, p. 5127.

mente a coincidenza l'ambito dell'ultima riserva con quello della competenza giudiziaria, leggendo quindi Romagnosi come se egli avesse voluto esprimere che ovunque si lamenti la lesione di un diritto, là debba finire la competenza amministrativa e cominciare quella giudiziaria. Con la conseguenza che non vi è più posto, nell'ambito amministrativo, per un giudice del contenzioso, ma solo per un sistema di ricorsi gerarchici che per definizione non 'tocca' mai diritti soggettivi⁽⁶⁷⁾.

Questo tipo di lettura, condiviso del resto da altri oratori⁽⁶⁸⁾, sarà in ultima analisi quello su cui si fonderà tutto il sistema di giustizia amministrativa italiano ben oltre la stessa legge del 1865: dando per acquisito, cioè, che la nozione di diritto soggettivo sia incompatibile con la competenza giurisdizionale di qualsiasi autorità diversa dal giudice ordinario, secondo una logica diametralmente opposta a quella che sorregge un sistema di contenzioso amministrativo.

Venuta meno la pragmatica consapevolezza che per consentire all'Amministrazione di rendersi interamente giustiziabile occorre concederle un giudice di sua « confiante », resta solo lo spazio per un contenzioso della legalità oggettiva: in cui nessun diritto può più essere opposto dal cittadino all'autorità dello Stato.

⁽⁶⁷⁾ *Ibidem*, p. 5149.

⁽⁶⁸⁾ Come per es. nella successiva seduta del 13 giugno da Borgatti e da Mosca, il quale ultimo, anzi, si scandalizzerà del fatto che Cordova abbia fatto parlare « il Gian Domenico Romagnosi in favore del contenzioso amministrativo ».

INDICE SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	<i>pag.</i> V
<i>Abbreviazioni</i>	VII

CAPITOLO PRIMO

ROMAGNOSI 'AMMINISTRATIVISTA'

1. Qualche avvertenza preliminare sul valore della locuzione 'diritto amministrativo' nell'ambito storiografico	1
2. (Segue) presupposti e condizioni per la configurabilità di un diritto amministrativo	8
3. I <i>Principj fondamentali di diritto amministrativo</i> : carattere composito della maggiore opera amministrativistica di Romagnosi e necessità di un'indagine sull'origine dei vari materiali in essa confluiti	13
4. Le lezioni milanesi: orientamenti e tendenze del magistero romagnosiano presso le Scuole Speciali	17
5. Lo studio della prima giurisprudenza amministrativa: il programma del <i>Giornale di Giurisprudenza Universale</i>	27
6. Alla caduta del Regno: i tentativi di compromesso e la redazione dei <i>Principj</i>	31

CAPITOLO SECONDO

L'EMERSIONE DEL SOGGETTO

1. Soggettività dello Stato e soggettività del fisco nella giuspubblicistica dell'antico regime	39
2. Il principe e il diritto oggettivo	46
3. Il modello storiografico dello 'Stato di Polizia' ed i suoi margini di ambiguità	52

	<i>pag.</i>
4. Il concetto di 'amministrazione' nel pensiero romagnosiano e le sue differenti valenze	69
5. 'Amministrazione' come attività complessiva dei pubblici poteri	74
6. 'Amministrazione' in senso organico	77
7. 'Amministrazione' in senso funzionale	83
8. Verso una sistematica complessiva delle funzioni pubbliche . .	90
9. (Segue) il ruolo della giustizia amministrativa nell'ambito del nuovo schema funzionale	93

CAPITOLO TERZO

GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE

1. Separazione dei poteri e tutela nei confronti dell'Amministrazione tra Sette e Ottocento: i modelli fondamentali . . .	103
2. La separazione dei poteri nella Repubblica Italiana: la specificità originaria del sistema cisalpino rispetto a quello francese .	114
3. Dopo il 1805: il nuovo assetto introdotto dal Terzo Statuto costituzionale secondo la lettura di Romagnosi	133
4. Gli elementi di continuità rispetto al periodo repubblicano: in particolare, l'ambigua natura dei 'conflitti di attribuzione' . . .	138
5. La clausola generale di attribuzione applicata dal Consiglio di Stato del Regno: le principali tendenze della giurisprudenza .	144
6. Il 1810 come momento di svolta giurisprudenziale nella pratica del riparto	158
7. L'importanza del 'caso Bogliacco' nella dottrina di Romagnosi: la nuova definizione di pubblica amministrazione ed i suoi riflessi sulla filosofia della separazione	163
8. La ridefinizione della funzione giurisdizionale e l'istituto dei conflitti	166

CAPITOLO QUARTO

L'INDIVIDUAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEL CONCETTO DI ATTO AMMINISTRATIVO

1. Verso un nuovo criterio di riparto: l'intangibilità dell'atto di amministrazione da parte del giudice ordinario	173
--	-----

	<i>pag.</i>
2. Contraddittorietà ed ambivalenze del pensiero romagnosiano nella scelta del criterio di riparto: posizione del problema	180
3. L'aspetto formale della nuova clausola	182
4. Gli aspetti sostanziali a fronte dell'evoluzione del criterio di riparto nel corso dell'Ottocento	187
5. Analisi della definizione romagnosiana di atto amministrativo	191
6. I veri confini delle attribuzioni giudiziarie nella proposta di Romagnosi	195
7. La giustificazione teorica del criterio di riparto adottato: la partizione ternaria dell'attività dello Stato	203
8. Criterio di riparto e classificazione dei beni pubblici	207

CAPITOLO QUINTO IL GIUDICE DELL'AMMINISTRAZIONE

1. I limiti del ricorso contenzioso nel pensiero di Romagnosi e nella prima giurisprudenza amministrativa francese	217
2. Giustificazione teorica e potenzialità espansive del sindacato del giudice amministrativo	222
3. Gli incerti rapporti tra ricorso amministrativo e ricorso contenzioso: la scelta francese del <i>Ministre-juge</i> e qualche ipotesi ricostruttiva della prassi seguita nel Regno	227
4. Verso l'individuazione di un giudice amministrativo di diritto comune: il tentativo di riforma del 1812 ed il probabile influsso avuto su di esso dalla dottrina romagnosiana	238
5. Possibili linee d'influenza del pensiero amministrativistico romagnosiano sulla riforma del contenzioso amministrativo napoletano del 1817	244
6. L'ultima battaglia: la presenza ideale di Romagnosi nei dibattiti parlamentari del 1864 sul progetto della legge abolitrice del contenzioso	247

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°, p. 748

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. 360
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. Genesis del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8º, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8º, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8º, p. XII-416.
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8º, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra ottocento e novecento
(1986), 8º, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8º, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8º, p. xv-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8º, p. VIII-254.